

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**La potestad normativa de las administraciones  
independientes**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade**

**Madrid, 2015**



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5328592713

TE  
2.084

# La potestad normativa de las Administraciones independientes

---

**Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade**

Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Juan A. Santamaría Pastor

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN: OBJETO Y MÉTODO DEL ESTUDIO .....	13
---	----

<b>PARTE PRIMERA. NORMAS REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: JUSTIFICACIÓN HISTÓRICA Y CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>27</b>
---	-----------

<b>CAPÍTULO PRELIMINAR. EL PROCESO DE PRODUCCIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS: CONSTANTES HISTÓRICAS Y REALIDAD JURÍDICA .....</b>	<b>27</b>
I. Rasgos generales de la evolución histórica .....	28
II. Las líneas de racionalización doctrinal .....	36
III. Caracteres comunes a esta forma de concebir la potestad reglamentaria .....	38

<b>CAPÍTULO I. UNA MANIFESTACIÓN HISTÓRICA DE LA EVOLUCIÓN DE PODERES NORMATIVOS: LOS REGLAMENTOS DEL GOBIERNO Y DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN EL DERECHO FRANCÉS .....</b>	<b>41</b>
I. Orígenes históricos de la potestad reglamentaria .....	41
A. La influencia de Rousseau y la ley como expresión de la voluntad general .....	41
B. La evolución del poder reglamentario desde 1789 a 1799 .....	43
1. La teórica negación del poder reglamentario (1789-1792) .....	43
2. La etapa de la Convención y la necesidad de ejecución de las leyes (1792-1795) .....	45
3. La afirmación del poder reglamentario bajo el Directorio (1795-1799) .....	48
II. El reglamento en la etapa napoleónica .....	53
III. El poder reglamentario en la restauración .....	55
IV. La polémica sobre las relaciones ley-reglamento durante la tercera república .....	57
V. La constitución de 1946 .....	62
VI. El sistema de reparto ley-reglamento en la constitución de la V República .....	63
VII. La titularidad del poder reglamentario en la actualidad. Las normas de las autoridades administrativas independientes .....	71

<b>CAPÍTULO II. REGULACIÓN Y PODER NORMATIVO DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA .....</b>	<b>75</b>
I. Los primeros cien años de la República (1775-1875) .....	75
II. Las nuevas agencias reguladoras independientes y el surgimiento del Derecho administrativo norteamericano (1875-1930) .....	79
III. El período del <i>New Deal</i> y la madurez del Derecho administrativo (1930-1965) .....	86
IV. La etapa de la “revolución de los derechos” y la transformación del procedimiento administrativo (1965-1985) .....	91
V. El control sobre el proceso de regulación desde 1985 .....	96
A. La doctrina de la deferencia judicial hacia la interpretación jurídica de las agencias reguladoras independientes .....	97
B. Proceso regulatorio y control por los poderes Legislativo y Ejecutivo .....	102
1. La actividad normativa de las agencias y el papel del Congreso .....	102

2. La intervención del Ejecutivo en el proceso de regulación .....	106
--	-----

### **CAPÍTULO III. LAS RAZONES CONSTITUCIONALES DE LAS LLAMADAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES .....**

<b>INDEPENDIENTES .....</b>	<b>109</b>
I. Introducción: neutralidad técnica y participación ciudadana .....	109
II. Las autoridades administrativas independientes en el Derecho francés y las agencias en el sistema norteamericano (remisión) .....	111
III. El ejemplo del Derecho inglés .....	113
IV. La independencia funcional en el Derecho alemán .....	117
A. Instituciones autónomas y participación ciudadana .....	117
B. El significado de la neutralidad por razones de carácter técnico .....	119
V. El fundamento constitucional de las Administraciones independientes en España....	122
A. La regulación económica y la protección de derechos fundamentales .....	122
B. “Función social” de la actividad de estas entidades .....	125
C. Crisis de la legitimidad-eficacia y respuesta al choque con ciertos principios del Estado social y democrático de Derecho .....	127
D. Dirección gubernamental y autonomía de las Administraciones independientes	131
1. <i>Formas limitadas de independencia personal y establecimiento de autonomía funcional</i> .....	131
2. <i>El otorgamiento de funciones y potestades</i> .....	136
3. <i>Las diversas formas de control</i> .....	138
E. Su encaje en la Administración institucional .....	140
1. <i>Las personificaciones de régimen singular en la LOFAGE y los organismos reguladores en la Ley de Economía Sostenible</i> .....	140
2. <i>Alusión al régimen de las llamadas Administraciones independientes en el nivel autonómico</i> .....	146
a) La proliferación de los reguladores .....	146
b) La participación orgánica en los supervisores estatales .....	148
c) El reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas .	149
c.1) La delimitación de lo básico en la jurisprudencia constitucional sobre materia bancaria .....	149
c.2) La distribución competencial en otras materias .....	151

### **PARTE SEGUNDA. LAS NORMAS DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL .....**

	155
--	-----

### **CAPÍTULO IV. LA POTESTAD NORMATIVA DEL BANCO DE ESPAÑA .....**

I. Las facultades normativas del Banco de España: de las circulares aplicativas al reconocimiento de potestad reglamentaria externa .....	155
A. La Ley de Ordenación Bancaria de 1946.....	156
B. La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962: la caracterización del Banco de España como banco central y el otorgamiento a éste de potestades de intervención .....	157



C. La disposición adicional octava de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.....	162
D. La sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992, de 5 de octubre.....	166
E. La Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España.....	169
F. La integración en el Sistema Europeo de Bancos Centrales .....	172
II. Las tesis justificativas clásicas de su potestad reglamentaria .....	174
A. Relaciones de supremacía especial .....	174
B. Normas de dirección de un ordenamiento sectorial .....	176
C. Autonomía funcional y habilitación expresa mediante ley .....	178
III. La reforma de la supervisión financiera, con especial atención a la regulación bancaria .....	180
A. Aclaraciones previas sobre la supervisión financiera y los elementos constitucionales de la regulación económica (remisión) .....	180
B. La regulación financiera: continuidad y nuevos elementos .....	181
1. <i>La evolución del título de intervención: estabilidad financiera y riesgo de sistema</i> .....	182
2. <i>Mecanismos de protección de los depositantes e inversores</i> .....	184
3. <i>La estructura institucional de la supervisión</i> .....	187
C. Líneas de tendencia en la reforma de la supervisión financiera .....	188
1. <i>La llamada supervisión macro-prudencial y la reforma del régimen legal de los mercados financieros</i> .....	188
2. <i>Los problemas de orden constitucional económico sobre control y responsabilidad: apunte sobre las medidas de reestructuración bancaria</i> .....	193
D. La dimensión internacional y la concreción de las reformas institucionales en el ámbito de la Unión Europea: los nuevos organismos europeos de supervisión prudencial y el papel de los Bancos centrales .....	199
IV. Aspectos sustantivos de las disposiciones dictadas por el Banco de España: habilitación y contenido .....	204
A. El régimen dual de la potestad normativa.....	204
B. Circulares .....	206
1. <i>Circulares sobre obligaciones de información</i> .....	208
2. <i>Circulares organizativas</i> .....	213
3. <i>Materias de especial importancia en el ámbito de la supervisión</i> .....	217
a) Fondos de garantía de depósitos.....	217
b) Contabilidad.....	218
c) Recursos propios y solvencia .....	221
4. <i>Política de tipos de cambio y supervisión de mercados</i> .....	226
5. <i>Otros aspectos</i> .....	228
C. Circulares monetarias. Ejecución de la política del SEBC .....	230

## **CAPÍTULO V. LAS CIRCULARES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES ... 239**

I. Sentido histórico e institucional de las facultades normativas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.....	239
II. Habilitación y aspectos sustantivos .....	250

A. Normas habilitadoras y contenido .....	250
1. <i>La cuestión de las circulares contables</i> .....	251
2. <i>Normas específicas de ciertas entidades</i> .....	258
3. <i>Algunas materias de singular importancia</i> .....	263
a) Recursos propios .....	263
b) Transparencia .....	267
c) Gobierno corporativo .....	269
4. <i>Materia bursátil en general</i> .....	272
B. La práctica del sistema de doble habilitación .....	275
III. Transposición de Derecho comunitario e incorporación de normas internacionales .....	286
A. La participación en la fase ascendente del Derecho comunitario: legislación en diversos niveles y participación de la CNMV en cuanto organismo supervisor .....	286
B. La aptitud de las circulares para transponer Derecho comunitario .....	288
C. La incorporación de normas creadas por organismos internacionales y la conexión entre ordenamientos .....	291
 <b>CAPÍTULO VI. LA CAPACIDAD NORMATIVA DEL INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS</b> .....	295
I. Sentido de una potestad reglamentaria específica en materia contable .....	295
II. La situación legal y reglamentaria vigente en cuanto al reconocimiento de potestad reglamentaria al ICAC .....	300
A. La Ley de auditoría de cuentas y la Ley 16/2007 .....	300
B. El Plan General de Contabilidad y sus normas complementarias .....	302
C. Las resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas .....	307
1. <i>Resoluciones en materia contable</i> .....	308
2. <i>Alusión al sistema de normas técnicas de auditoría</i> .....	311
III. La potestad normativa del ICAC en el ámbito contable: habilitación, aspectos sustantivos y ámbito .....	313
IV. Conexiones con el Derecho comunitario y el Derecho internacional .....	320
 <b>CAPÍTULO VII. LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA</b> .....	325
I. El sentido de la autoridad reguladora en el sector energético .....	325
A. Antecedentes de los sectores eléctrico y gasista: la época del servicio público ...	327
B. El Derecho comunitario y la liberalización del sector energético .....	329
C. La Comisión Nacional de Energía .....	331
1. <i>Las vacilaciones sobre su calificación como Administración independiente y el             reconocimiento de su potestad normativa</i> .....	332
2. <i>La evolución posterior hacia la independencia y su consideración como             organismo regulador</i> .....	335
D. La nueva organización de los reguladores .....	339
1. <i>La designación del regulador y la inexistencia de cambios relevantes en las             modificaciones legislativas de 2007</i> .....	339
2. <i>El denominado tercer paquete legislativo de la Unión Europea</i> .....	349

II. Aspectos sustantivos de las circulares de la CNE .....	350
A. Habilitación y contenido de las circulares .....	354
B. Las llamadas circulares de información .....	354
<b>CAPÍTULO VIII. LA POTESTAD NORMATIVA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.....</b>	<b>363</b>
I. Introducción .....	363
II. La evolución histórica del sector y la aparición de los reguladores nacionales .....	364
A. Los orígenes del servicio público telefónico y del monopolio estatal .....	364
B. El impulso liberalizador del Derecho comunitario.....	367
C. La evolución legislativa en el Derecho español .....	370
D. El marco jurídico actual: las Directivas de 2002 y la Ley General de Telecomunicaciones de 2003.....	372
E. La revisión de los reguladores en las normas comunitarias de 2009 y el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas .....	377
III. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.....	379
A. Aspectos orgánicos y funcionales de la independencia .....	381
B. Funciones y potestades .....	384
IV. Las circulares de la CMT: habilitación y contenido .....	388
<b>CAPÍTULO IX. EL CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR.....</b>	<b>401</b>
I. Sentido y evolución histórica de esta Administración independiente .....	401
A. Introducción.....	401
B. Ojeada a la evolución legislativa en materia nuclear .....	404
C. La influencia de la regulación comunitaria e internacional .....	406
II. Aspectos orgánicos y funcionales del Consejo de Seguridad Nuclear.....	408
A. Las garantías orgánicas de la autonomía del Consejo de Seguridad Nuclear.....	408
B. Su competencia única en materia de seguridad nuclear.....	410
III. La potestad reglamentaria reconocida al Consejo de Seguridad Nuclear.....	411
A. La formulación legal.....	411
B. Las instrucciones del CSN y otros instrumentos sin naturaleza normativa .....	413
C. Habilitación y contenido de las instrucciones.....	415
D. La posición en el sistema de fuentes .....	421
<b>CAPÍTULO X. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.....</b>	<b>427</b>
I. Significado de la independencia de la autoridad de protección de datos y marco normativo .....	427
A. La Ley orgánica de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y la Directiva 95/46/CE .....	427
B. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos y el derecho fundamental a la protección de datos .....	430
II. El Derecho comunitario y el reforzamiento de la independencia de las autoridades de protección.....	434
III. Las instrucciones de la AEPD .....	438

A. La distinción respecto de otros instrumentos .....	438
B. Habilitación y contenido .....	439
C. Posición en el sistema de fuentes: opiniones de la doctrina y postura de la jurisprudencia .....	444
<b>PARTE TERCERA. RASGOS GENERALES Y CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DE LA POTESTAD NORMATIVA DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES .....</b>	<b>451</b>
<b>CAPÍTULO XI. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES .....</b>	<b>451</b>
I. Introducción .....	451
II. Las exigencias de elaboración de las disposiciones de carácter general: el problema de su aplicación a estas entidades .....	454
A. Los diversos modelos normativos .....	454
B. Las previsiones de la Ley de Autonomía del Banco de España .....	455
C. El artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores y la exigencia de un nivel de garantías similar al previsto para las disposiciones de carácter general .....	462
D. Las previsiones de la LSH y del Real Decreto 1339/1999 respecto a la Comisión Nacional de Energía .....	464
E. Las dispersas reglas sobre procedimiento de aprobación de circulares por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones .....	466
F. Régimen de aprobación de normas por el CSN y la AEPD .....	467
III. Las normas reguladoras del procedimiento normativo de las Administraciones independientes.....	468
A. El rango de las normas procedimentales y la ordenación de los diversos regímenes .....	468
B. Las cuestiones de procedimiento planteadas por las habilitaciones: reglamentos ejecutivos y reglamentos dictados en el marco de la programación legal .....	470
IV. La previsión de los diversos trámites: en especial, la audiencia a los afectados .....	477
A. El modelo de procedimiento general, sobre la base del establecido para el Banco de España y la CNMV .....	477
B. Los informes internos y externos.....	481
C. La audiencia a los afectados. Participación mediante Consejos y otras formas de participación .....	492
1. <i>Importancia general</i> .....	492
2. <i>El Banco de España y la audiencia a los “sectores interesados”</i> .....	494
3. <i>La participación mediante consejos consultivos o asesores</i> .....	497
4. <i>El mecanismo de participación pública en las instrucciones del CSN</i> .....	501
V. Aprobación y publicación .....	504
<b>CAPÍTULO XII. LA ACTIVIDAD DE REGULACIÓN DESARROLLADA POR LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: CONTENIDO Y CONTROL.....</b>	<b>511</b>
I. El marco constitucional y el marco jurídico de la Unión Europea: libertad de empresa y regulación .....	511
II. Aproximación histórica y fundamento ideológico de la regulación .....	524

A. Las diferencias entre los EEUU y Europa .....	524
B. La justificación económica de la regulación .....	529
III. El proceso de internacionalización del Derecho administrativo de la regulación y sus consecuencias en el plano interno .....	539
A. La proliferación de los sistemas internacionales de regulación .....	539
B. La incorporación de las normas o principios de regulación al Derecho interno ...	542
C. Derecho administrativo global y garantías de Derecho interno .....	550
IV. El control de la actividad normativa de los reguladores .....	551
A. La renovación de la perspectiva del control en el Derecho administrativo .....	551
B. Los controles jurídicos de la legalidad .....	560
C. Las normas de las Administraciones independientes ante la jurisdicción contencioso-administrativa .....	562
1. <i>Caracterización general</i> .....	562
a) La disposición adicional cuarta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los distintos regímenes.....	563
b) La posición cuasiarbitral de estas entidades en los conflictos entre Administración y administrado: el peso de sus informes.....	567
c) Las técnicas de control sobre las habilitaciones normativas .....	569
2. <i>La impugnación de las disposiciones normativas del Banco de España</i> .....	572
a) Notas generales y singularidades de postulación.....	572
b) Ojeada a la jurisprudencia en materia de entidades de crédito .....	573
3. <i>Control y régimen de impugnación de las circulares de la CNMV</i> .....	577
4. <i>La escasa conflictividad sobre las resoluciones del ICAC</i> .....	579
5. <i>El control jurisdiccional sobre circulares de la CMT e instrucciones de la AEPD: la construcción jurisprudencial sobre la “categoría intermedia” de estas normas (crítica)</i> .....	580
a) Jurisprudencia sobre las circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones .....	580
b) Jurisprudencia sobre las instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos.....	590

### **CAPÍTULO XIII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS REGLAMENTOS DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: SU INSERCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES..... 595**

I. Los reglamentos de las Administraciones independientes como un paso más en el proceso de ordenación de las fuentes infralegales. Precisiones iniciales sobre el sistema de fuentes.....	595
II. La utilidad actual de algunos precedentes histórico-dogmáticos en torno al principio de legalidad y a la reserva de ley.....	600
III. El artículo 97 de la Constitución: compatibilidad entre la potestad reglamentaria originaria del Gobierno y la necesidad de habilitación .....	607
IV. El estudio institucional del principio de legalidad.....	615
A. Vinculación positiva y principio de legalidad: los argumentos constitucionales sobre la existencia de poderes reglamentarios “en el marco de la ley” .....	615
B. Centralidad del legislador: límites materiales de las remisiones normativas.....	618

C. Posiciones del Gobierno y de la Administración (disposiciones administrativas; instrucciones y órdenes de servicio); papel del juez e incidencia del Derecho de la Unión Europea .....	629
V. Los últimos escalones del grupo normativo.....	636
A. Exigencias de las remisiones normativas realizadas a los reglamentos de las Administraciones independientes .....	636
1. <i>La realidad de las habilitaciones</i> .....	636
2. <i>Las materias</i> .....	647
a) Afectación de derechos fundamentales .....	648
b) La reserva de ley en materia sancionadora y tributaria .....	650
c) Inexistencia de singularidades en materia de “relaciones especiales de sujeción”; la potestad de autoorganización .....	651
d) Remisión a instrumentos normativos dotados de función específica ...	652
B. El principio de jerarquía normativa: poderes subordinados y poderes dotados de autonomía.....	654
1. <i>Excursus sobre la autonomía político-territorial de los entes locales y la autonomía de tipo funcional: potestades reglamentarias autónomas</i> .....	654
2. <i>Superioridad no jerárquica y ordenación por la ley del sector normativo: reglamentos inordinados en el bloque de la legalidad</i> .....	665
<b>CONCLUSIONES</b> .....	670
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	677

## ***ABREVIATURAS***

ABE	Autoridad Bancaria Europea, creada por Reglamento (UE) 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AESPJ	Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, creada por Reglamento (UE) 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre
AEVM	Autoridad Europea de Valores y Mercados, creada por Reglamento (UE) 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre
ARC	<i>Accounting Regulatory Committee</i> (Comité de Reglamentación Contable de la UE: CRC)
BCBS	<i>Basel Committee on Banking Supervision</i> (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea: CSBB)
CEBS	<i>Committee of European Banking Supervisors</i> (Comité Europeo de Supervisión Bancaria: CESB)
CERV	Comité Europeo de Reguladores de Valores
CESB	Comité Europeo de Supervisión Bancaria
CESR	<i>Committee of European Securities Regulators</i> (Comité Europeo de Reguladores de Valores: CERV)
CFNC	Comité Financiero de Normas Contables ( <i>Financial Accounting Standards Board</i> : FASB)
CINC	Comité Internacional de Normas Contables
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
CNE	Comisión Nacional de Energía
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CRC	Comité de Reglamentación Contable de la UE ( <i>Accounting Regulatory Committee</i> : ARC)
CSBB	Comité de Supervisión Bancaria de Basilea
CSN	Consejo de Seguridad Nuclear
CTI	Comité Técnico Independiente ( <i>European Financial Reporting Advisory Group</i> : EFRAG)
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EBA	<i>European Bank Authority</i> (Autoridad Bancaria Europea: ABE)
EFRAG	<i>European Financial Reporting Advisory Group</i> (Comité Técnico Independiente de la UE: CTI)
EIOPA	<i>European Insurance and Occupational Pensions Authority</i> (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación: AESPJ)
ESMA	<i>European Securities and Markets Authority</i> (Autoridad Europea

	de Valores y Mercados: AEVM)
FASB	<i>Financial Accounting Standards Board</i>
FJ	Fundamento Jurídico
FSB	<i>Financial Stability Board</i> (Junta de Estabilidad Financiera: JEF)
IASB	<i>International Accounting Standards Board</i> (Comité Internacional de Normas Contables: CINC)
IOSCO	<i>International Organization of Securities Commissions</i> (Organización Internacional de Comisiones de Valores: OICV)
JEF	Junta de Estabilidad Financiera
JERS	Junta Europea de Riesgo Sistémico, creada por Reglamento (UE) 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre
LABE	Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España
LDIEC	Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LGT	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores
LOCB	Ley 2/1962, de 14 de abril, de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LORBE	Ley 30/1989, de 21 de julio, de órganos rectores del Banco de España
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común
LSH	Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos
OICV	Organización Internacional de Comisiones de Valores
OMC	Organización Mundial del Comercio
RIBE	Reglamento de Régimen Interior del Banco de España, aprobado por Resolución del Banco de España de 28 de marzo de 2000
RICNMV	Reglamento de Régimen Interior de la CNMV, aprobado por Resolución del Consejo de la CNMV de 10 de julio de 2003
RRI	Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Orden del Ministro de Fomento de 9 de abril de 1997
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional



STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, nueva denominación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su versión por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007
TUE	Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992
UEM	Unión Económica y Monetaria
WTO	<i>World Trade Organization</i> (Organización Mundial del Comercio: OMC)



## ***INTRODUCCIÓN: OBJETO Y MÉTODO DEL ESTUDIO***

**1.** El presente trabajo tiene por objeto el estudio del poder reglamentario, tal y como ha sido objeto de juridificación y de sucesivo perfeccionamiento (construyéndose así como potestad), de los sujetos que se han dado en llamar Administraciones independientes.

Esta última denominación doctrinal resulta precisa a los efectos que aquí se pretenden por una serie de razones: i) porque evita las cambiantes configuraciones que se les han ido dando y que aún reciben en el ordenamiento desde diferentes perspectivas, pensando unas en su régimen jurídico general desde el punto de vista de la Administración (Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado [LOFAGE]), otras en el reforzamiento de su autonomía en virtud del cometido económico que se les confía (organismos reguladores, en la terminología de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible [LES]); ii) porque, como se ha dicho ya desde una de esas perspectivas, subraya adecuadamente que se integran plenamente en el fenómeno de la Administración Pública; iii) porque queda reflejada en fin la nota esencial de su caracterización: la independencia concebida como autonomía funcional.

**2.** El análisis comienza con un Capítulo en el que se tratan, de forma preliminar, las constantes históricas que pueden observarse en todo proceso de reconocimiento de poderes reglamentarios. Se hace especial hincapié en la aparición en Europa de un poder normativo del Gobierno tras la Revolución francesa, admitido primero de forma paulatina y silenciosa en la práctica –como una excepción a la afirmación de la ley como única norma de carácter jurídico- y consagrado después por los textos constitucionales como potestad necesaria para la ejecución de aquélla. Sólo tras un largo proceso de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y ya en el marco de la evolución política que acabaría por afirmar la supremacía normativa de la Constitución, las relaciones entre ley y reglamento se acabarán explicando con diversas técnicas como una relación ordinaria de poderes normativos que gozan de legitimidad democrática.

Un breve repaso en perspectiva histórica de estas cuestiones se estima necesario para comprender hasta qué punto muchas de ellas (la justificación constitucional de la legitimidad de un "nuevo" poder normativo; la construcción de las relaciones con las leyes y los reglamentos generales) vuelven a plantearse cuándo se trata de explicar hoy lo que significa el poder reglamentario otorgado por la ley a las Administraciones independientes.

**3.** Como una ejemplificación histórica acabada del fenómeno anterior, se estudia a continuación el surgimiento de la potestad reglamentaria del Gobierno en Francia –con la exponencial ampliación de dicho poder, en la historia de Europa continental, a sus miembros y a diversos organismos y entidades-; y se analiza también la potestad normativa del propio poder Ejecutivo, concebido sin muchos mayores matices –tal y como sucede en los Estados Unidos- (Capítulos I y II).

Esta aproximación es, pues, más histórica que de Derecho comparado. O, si se quiere, es una primera manera de entender la comparación de ordenamientos partiendo de lo que significa en cada uno la génesis de la institución que se estudia. Como quiera que los dos grandes modelos son el "sistema europeo" (sistema francés con la importantísima impronta de las aportaciones de la doctrina alemana) y el que existe en EEUU, se estudian los dos tratando de retener lo que han aportado a una potestad normativa infralegal de entes (administrativos, aunque esta denominación es extraña al sistema norteamericano) dotados de independencia.

Las aportaciones, como se verá, son de muy distinto orden: en el caso de Francia, con las influencias históricas de la construcción alemana de la reserva de ley, lo más relevante es lo que ha quedado constitucionalizado en una tradición que puede hoy llamarse europea y por eso también española: partiendo de la Constitución francesa de 1799, se ha de explicar el poder reglamentario que es en esencia el mismo que comienza a desarrollarse en el constitucionalismo del siglo XIX español; y que hoy claramente cambia de signo y de marco constitucional, que es el que ha de explicar la exégesis del artículo 97 de nuestra Constitución. De otra parte, la experiencia norteamericana sirve para ilustrar muy bien algunos aspectos claves del otorgamiento por ley –allí, en rigor por el Legislativo- de potestades normativas a entidades que no se encuentran enteramente en la órbita del

Ejecutivo: en particular, puede explicarse por esa razón y por las conexiones cada vez más intensas del Derecho a escala internacional, que se adopten formas de control de los parámetros o criterios empleados por el legislador para encomendar a tales entidades el cumplimiento de sus funciones de regulación económica.

4. En cuanto al capítulo que cierra esta primera parte (Capítulo III), la pregunta por la autonomía trata de recibir aquí una respuesta de Derecho comparado *stricto sensu*. El examen de las peculiaridades de otros ordenamientos lleva a concluir que no se trata en España, en general, de independencia por razones directamente constitucionales (como sucede en ciertos casos en los Derechos inglés o alemán); aun cuando la concesión de la autonomía quede justificada en el caso concreto, por el legislador, en exigencias derivadas de la Constitución.

Se lleva a cabo, por tanto, una indagación de la construcción de esta figura en nuestro Derecho, que se articula en dos planos. En el plano constitucional, la justificación ha discurrido por los cauces, quizá excesivamente estereotipados, de la regulación económica y la protección de derechos fundamentales. Más concretamente, se ha dicho que las Administraciones independientes tienen ciertas misiones sociales que cumplir, encomendadas por el legislador, en virtud de las cuales se les atribuyen funciones o competencias y se las reviste de potestades (entre ellas, la reglamentaria). Como decía el autor de una de las obras que han marcado el acercamiento a esta cuestión, una jurisprudencia constitucional relativamente temprana (STC 135/1992) despejó las dudas de mayor calado sobre el encaje de dicha potestad con el artículo 97 de la Constitución, pero quedan aún pendientes muchos "otros problemas jurídico-constitucionales relativos a las condiciones para el desempeño legítimo de este poder por estas instancias"<sup>1</sup>.

En el plano legislativo, solventada también la pregunta por la legitimidad que ha recibido una respuesta acabada en el Derecho alemán, es necesario preguntarse por la relación de estas Administraciones independientes con el Gobierno. En línea con intentos recientes de renovación de la dogmática iusadministrativa, se apunta a la idea de dirección gubernamental –retomada en la

---

<sup>1</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 255.

perspectiva de la programación legal en el último capítulo-, como una capaz de ofrecer soluciones concretas: a menor intensidad programadora, mayor peso del control jurisdiccional.

**5.** Lo anterior condiciona también de alguna forma la elección del objeto de estudio en la segunda parte del trabajo: las normas de los llamados organismos reguladores en el Derecho español.

Los criterios de método que han guiado la selección de las Administraciones independientes que tienen concedida potestad normativa responden, por así decir, a la combinación de tres elementos: una aproximación jurídico-formal, sistemática, a los criterios presentes en nuestro ordenamiento (a); la atención a los problemas que de hecho, en cuanto al contenido y control, presentan las normas de estas entidades (b); y la combinación de estos elementos, en un intento de clasificación típica de la potestad normativa de las Administraciones independientes (c).

**a)** Un primer acercamiento sistemático de Derecho positivo conduce a las disposiciones adicionales de la LOFAGE. La disposición adicional octava remite el régimen jurídico del Banco de España a lo que disponga su legislación específica; en tanto que la disposición adicional décima –tras sus diversas modificaciones- prevé al tratar del “régimen jurídico de determinados organismos públicos” lo siguiente: “La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Corporación RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta ley” (apartado 1, primer párrafo); haciendo referencia su segundo párrafo a “sus correspondientes ámbitos de autonomía” y especificando su apartado 2, primer párrafo, que aquéllos a los que “se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía”.

Se tiene así un primer criterio, ciertamente incompleto pero indicativo, que se basa en la forma jurídico-organizativa de alguna de estas entidades y en el otorgamiento de autonomía, aunque a la postre remite su régimen a lo que disponga su legislación específica.

Todavía en esta primera perspectiva, no interesan de estas entidades aquéllas que no tengan conferida por su legislación potestad normativa. Dicho en positivo, el círculo de los entes de régimen jurídico singular con potestad reglamentaria –al menos concedida formalmente- quedaría compuesto por el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), el Consejo de Seguridad Nuclear, las Universidades, la Agencia [Española] de Protección de Datos, la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional del Sector Postal y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Dos órdenes de exclusiones han de hacerse todavía en este primer plano. Uno, el que se refiere a las normas que emanan de la autonomía universitaria, que tiene su propio encaje constitucional basado en raíces diversas (artículo 27.10 de la Constitución) y cuyo estudio sobrepasa por eso los límites de este trabajo<sup>2</sup>. Otro, el de aquellas entidades que guardan estrecha relación con formas de autonomía funcional, y aun con actividades que se desenvuelven en mercados y coordinadas económicas muy similares a las que plantean las entidades objeto de estudio, pero cuya constitución o su misma creación son de fecha reciente e impiden tomar constancia del ejercicio de sus poderes normativos. Es el caso, en primer término, de la Comisión Nacional del Sector Postal (el artículo 17.1 de la Ley 23/2007, de 8 de octubre que crea ésta, le confía el dictado de instrucciones para las entidades que operen en el sector postal, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado), si bien la efectiva constitución de la entidad no ha tenido lugar sino hasta julio de 2010. Y últimamente, el del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, creado por Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, cuyo artículo 48.1 le faculta para “dictar

---

<sup>2</sup> Todavía otra exclusión que debe hacerse fundada en la diversidad de razón de la autonomía que se concede, es la que se refiere a la potestad reglamentaria que conlleva la de autoorganización y que tienen atribuida, por ello, los órganos constitucionales (Reglamentos de las Cámaras, potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional) y, con matices diferentes, los de relevancia constitucional, supuestos todos ellos que plantean cuestiones de alcance muy diferente a las que preocupan en este estudio.

las disposiciones y actos precisos para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la presente Ley y para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Las disposiciones adoptarán la denominación de 'Instrucción' cuando tengan carácter vinculante, y de 'Recomendación' en caso contrario".

**b)** Una segunda y decisiva delimitación del objeto es la que deriva de tomar en consideración, por así decir, un método tópico que atiende a los problemas que de hecho presentan este tipo de entidades.

Este segundo criterio, lejos de construirse de forma simplista (contraponiendo así, según la vieja polémica, una jurisprudencia de intereses a otra de conceptos), debe atender también a otras categorías jurídicas que introduce el propio ordenamiento, como se decía al comienzo. Hacemos referencia, en particular, a la introducción por la LES de la noción de "organismos reguladores" con un cierto carácter general en sentido transversal. Sobre la circunstancia de que esta nueva categoría resulta de aplicación tan sólo a tres de las entidades que ya se habían considerado anteriormente por la peculiaridad de su forma (Comisión Nacional de Energía [CNE], Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [CMT] y Comisión Nacional del Sector Postal), lo más destacable es que se quiere ello profundizar en su caso en la singularidad de dicha autonomía –lo que en buena parte es reiterativo, cuando no retórico, al establecer su "autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones públicas y de los agentes del mercado" (artículo 8.3 de la citada Ley)-, pero que resultará sin duda especialmente eficaz cuando se trata de remover trabas que imponían su control administrativo (supresión del recurso de alzada impropio de la CNE y sumisión de los actos de estos organismos a la jurisdicción contencioso-administrativa: artículo 22) y en cuanto impone formas de control parlamentario (artículo 21).

La coincidencia de la denominación empleada ahora por el legislador, a estos y otros efectos, y la que se adopta para el análisis de esta segunda parte del trabajo, revela como decíamos una razón material, de atención a los problemas (*solvitur ambulando*) o, si se prefiere, de integración real de los respectivos bloques normativos. La elección de este segundo criterio resulta ser esencial desde muchos puntos de vista, los últimos de los cuales no son el propio del



sentido común ni el de la razón histórica de la aparición de muchas de estas organizaciones. Desde este punto de vista, se aborda primero el estudio de las entidades que operan en el sector financiero y luego el de las restantes.

Que la supervisión financiera (Capítulos IV a VI) responde a características propias es un dato elemental, hoy confirmado negativamente por el legislador. La citada LES ha hecho completa omisión del régimen de estos reguladores financieros en su intento de sistematización transversal, lo cual viene a incidir en el hecho de que el Banco de España ha quedado siempre al margen aun dentro de la clasificación de estos entes apátridas –como los denominara clásicamente GARCÍA-TREVIJANO<sup>3</sup> explicando su encaje en la Administración institucional-: figura así en una disposición adicional separada dentro de la propia LOFAGE. Más allá del dato de la ubicación legislativa, en nuestro Derecho y en casi todos los del entorno, la polémica de unas Administraciones dotadas de la autonomía que reclama una política propia aparece frecuentemente a propósito de los Bancos centrales. También la doctrina comenzó a discutir la inserción constitucional de dichas figuras en este mismo campo, a raíz del debate sobre las circulares del Banco de España entre PARADA VÁZQUEZ y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>4</sup>. La evolución posterior de todo signo, incluida la regulación por la Unión Europea y a través de instrumentos internacionales, se produce en primer lugar en la supervisión financiera y, más concretamente, en la ordenación de las entidades de crédito.

Aparece después, con origen marcadamente estadounidense, la ordenación en materia bursátil y la correlativa exigencia de autonomía para la entidad encargada de su supervisión. A pesar de la convergencia de buena parte de las normativas de la CNMV con ciertos extremos de la ordenación bancaria, al menos en sus aspectos formales (en su génesis reciente en España, la legislación sistemática de ambas data de 1988), este segundo escalón tiene ciertas notas propias y ha permitido, sobre todo, la construcción de un armazón teórico de “regulación financiera” que se demuestra imprescindible

---

<sup>3</sup> GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, vol. I., Revista de Derecho Privado, Madrid, <sup>2</sup>1971.

<sup>4</sup> Cf. PARADA VÁZQUEZ, R.: “Valor jurídico de la Circular”, *RDBB*, nº 2, 1981; e inicialmente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Los poderes normativos del Banco de España”, *RDBB*, nº 13, 1984.

para entender los problemas que plantean hoy los productos normativos de estas entidades.

Ello da pie, por último, para ver cómo se completa esa llamada regulación de los mercados financieros, incluyendo una especialidad subjetiva y explicando por qué quedan fuera del análisis otras facetas o figuras propias de ese campo. Respecto a lo primero, se estudia en el Capítulo VI la capacidad normativa del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC). Organismo público, con la forma de organismo autónomo<sup>5</sup>, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, no participa de la autonomía orgánica ni funcional que se predica respecto de las Administraciones independientes. Sus productos normativos, en cambio, cuyo valor vinculante general está fuera de duda según la jurisprudencia, ocupan una posición similar a los que emanan de aquéllas y no raramente ambos se condicionan mutuamente entre sí. La razón sustantiva de esta interconexión, que puede encontrarse sin dificultad en las características propias del Derecho contable, justifica el tratamiento de las resoluciones de esta entidad como normas reglamentarias que completan los bloques normativos sobre la materia. Por último, otros rasgos peculiares de normas del ICAC que invitan a considerarlas junto a las de las Administraciones independientes, aun sin serlo, es que se producen en virtud de autorizaciones normativas generales, desarrollando con frecuencia criterios de adaptación sectorial contenidos en órdenes ministeriales y aun produciéndose con cierta libertad dentro de la regulación con rango de real decreto mediante la que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

---

<sup>5</sup> Una ulterior precisión, sobre el criterio jurídico-organizativo sobre el que se dibuja en primer término el objeto del estudio, es que se ha partido en él —como vimos que se establecía en la disposición adicional décima de la LOFAGE— del régimen de determinados organismos públicos dotados de autonomía.

Tampoco interesa por ello la clasificación que, para la Administración General del Estado, perfila hoy dicha Ley, alrededor de un triple criterio de régimen: organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales, “que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por esta Ley” (artículo 43.1).

La introducción de esta última nota podría hacer pensar en una especificidad de régimen que les acercaría a las Administraciones independientes (como ha sucedido, a efectos que ahora no interesa subrayar, con la denominación orgánica de “agencia” que se emplea en la Unión Europea para designar a entidades dotadas de independencia). Con todo, la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos y la propia Ley 6/1997 —en su redacción por esta última— se cuidan de precisar que no es así, introduciéndose en el propio precepto de la LOFAGE esta salvedad, que habla a las claras de la diferente cualidad de ambos tipos de entidades: “Las Agencias Estatales se adscriben al Ministerio que ejerza la iniciativa en su creación. Las funciones de dirección estratégica, evaluación y control de resultados y de la actividad de las Agencias Estatales, se articularán a través del Contrato de gestión previsto en la normativa reguladora de éstas” (artículo 43.4).

Todo ello les aparta, así, de otras disposiciones administrativas que, sin duda, podrían figurar por su importancia dentro de un estudio de regulación financiera “sin más”, esto es sin atender a la nota distintiva de la función de los reguladores y a la situación relativa de sus productos en el sistema de fuentes (piénsese en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones). Pero todas estas reglas encuentran su encaje y justificación adecuados en un estudio de las disposiciones emanadas de la Administración, que ya ha sido hecho por la doctrina y sólo alguno de cuyos problemas (vg. los relativos a la vertiente procedimental de elaboración, o los que distinguen la habilitación de la prohibida delegación de competencias normativas) presentan cierto interés a nuestros efectos, justamente para separarlos de los que concurren en los casos que se estudian.

Sobre los reglamentos emanados de las restantes Administraciones independientes giran los siguientes cuatro capítulos de esta segunda parte (Capítulos VII a X), dedicados respectivamente a las circulares de la CNE, las circulares de la CMT, las instrucciones del Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) y las aprobadas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

Dos últimas palabras deben decirse sobre el contenido de éstos. Se refieren a la regulación económica como denominación sustantiva cada vez más usual (y hoy elegida por el legislador para referirse según se vio a CNE, CMT y al Consejo Nacional del Sector Postal). Es claro, sin embargo, que en esa acepción usual el término no llega a comprender a los productos del CSN y de la AEPD. En el ámbito de la energía nuclear y de la protección de datos, se trata genuinamente de una forma de independencia –la primera para la que se pensó el término que hoy se emplea en el título de este trabajo– que trata de salvaguardar ciertos valores constitucionalmente relevantes e incluso derechos fundamentales, alejándolos del juego de la gestión política cotidiana. Una vez más, sin embargo, la práctica de la aprobación de estas instrucciones y su tratamiento por la jurisprudencia permiten el tratamiento conjunto de dichos reglamentos junto con los que aparecen en los llamados mercados regulados.

Todavía sobre estos mercados (energía y telecomunicaciones), en fin, ha de hacerse la aclaración que se refiere al peso relativo en dichos sectores de la normativa emanada de la Unión Europea. Por

decirlo en una palabra, son éstos mercados que nacen de la liberalización de ciertas políticas impulsada por las reglas europeas de competencia. Desde un punto de vista introductorio, deben subrayarse dos aspectos: de un lado, ello no significa alteración “de principio” sobre su encaje en el sistema de fuentes (se estudia el Derecho comunitario, como se trae a colación la evolución legislativa española sobre esos ámbitos: a modo de marco que explica su aparición); de otro, queda tratada en esos dos capítulos, pero sin intento de sistematización general, la cuestión relativa al encaje entre la normativa de los reguladores y el Derecho general de la competencia. Este aspecto, cuya mera reseña en la doctrina reciente llevaría páginas enteras, es con seguridad una pieza clave en el entramado de la regulación económica. En la perspectiva de los sujetos, con todo, conviene notar que a la Comisión Nacional de la Competencia no se le han atribuido potestades normativas, por lo que la relevancia de sus actuaciones de informe y ejecutivas queda formalmente al margen del objeto del estudio. Se hacen, no obstante, las aclaraciones y precisiones necesarias para situar en sus términos adecuados las regulaciones de la CNE y de la CMT condicionadas y afectadas por aquellos actos. Por último, otro acercamiento directo a la cuestión –aunque de corte más general- se lleva a cabo en el capítulo dedicado al contenido y control de los productos de las Administraciones independientes, como después se verá.

**c)** El último criterio metodológico apuntado deriva, en buena parte, de los dos anteriores y es el que puede resumirse diciendo que estamos aquí en presencia de diversos *tipos* de organismos reguladores y supervisores, según concurren con mayor o menor intensidad las notas que se han utilizado como parámetro hasta ahora: forma jurídico-organizativa autónoma e inserción de los productos de estas entidades en un bloque normativo infralegal dotado de ciertas especialidades.

Desde el Banco de España, como entidad dotada de autonomía, vinculada a la definición constitucional-europea de una política propia, cuyos productos se insertan en el bloque de la legalidad culminando en muchos casos la definición reglamentaria de esa política (los dos elementos hacen pensar en un tipo pleno de potestad reglamentaria independiente o autónoma); hasta el ICAC, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda que aprueba reglamentaciones contables, precisando principios contenidos en una

norma gubernamental (no existe el elemento de autonomía, pero sí la interdependencia de sus productos con otros infralegales); pasando por construcciones en las que brilla más la nota de la configuración autónoma por sus funciones (AEPD) o bien el elemento de inserción en la cadena normativa de sus reglamentos (regulación económica de la CNE y de la CMT).

**6.** La profundización en estos aspectos es la que corresponde cabalmente a la tercera parte del trabajo: en función de las especialidades propias de los procedimientos de elaboración de estas normas; y del estudio general de su contenido y de la forma de control a la que quedan sometidos; ha de responderse a la pregunta por la existencia de una potestad reglamentaria especializada en estos casos, o simplemente explicable en virtud de los criterios sobre relación de normas que operan en el sistema de fuentes (principio de legalidad y aplicación nomodinámica).

Se abre esta parte con un análisis conjunto de las normas de tramitación y aprobación previstas para los reglamentos de las administraciones independientes (Capítulo XI). Partiendo de la importancia del procedimiento administrativo de elaboración de las normas como garantía, no sólo de la calidad de éstas, sino también y principalmente de los intereses de los afectados (cuya audiencia se exige en nuestro Derecho por la propia Constitución: artículo 105), se estudia el régimen normativo previsto para las diversas entidades.

Junto a la nota de la dispersión de su régimen –que no es objeto de una disciplina general y que se localiza en normas de diverso rango–, las reglas sobre tramitación no siguen lo previsto por el artículo 24 de la Ley del Gobierno (el cual se excluye en ocasiones de forma expresa), aun cuando puede hablarse de un intento de acercamiento material a las garantías previstas por dicha norma. Problemas destacados son los que derivan del carácter de reglamentos dictados en el ámbito de programación legal que tienen estas normas (lo que suscita, a su vez, la cuestión de la exigibilidad de las garantías establecidas por la legislación general para los reglamentos ejecutivos) y, en fin, el de las formas específicas de audiencia a los interesados y de participación pública que se observan en ciertos casos.

**7.** El estudio del contenido (regulación económica, internacionalización) y del control de la actividad normativa de las

Administraciones independientes es, en segundo lugar, de la mayor importancia.

En el Capítulo XII se hace un detenido *excursus* sobre la noción de regulación, esta vez en una perspectiva amplia. Se debe, en efecto, atender a esta noción por una serie de razones insoslayables: porque revela una exigencia constitucional –y de los Tratados de la Unión Europea- de primer orden, anclada en la protección constitucional de la libertad de empresa; porque ayuda a desenvolver las concretas influencias de los sistemas históricos (diferencias entre los EEUU y Europa); puesto que remite a las explicaciones más detalladas de la justificación económica y al replantear, por último, con toda su fuerza la cuestión por el control de la actividad normativa de las Administraciones independientes (que recibe una de las claves principales para su solución en el control de constitucionalidad de las habilitaciones legislativas).

**8.** Todo ello aboca, en fin, al estudio de los reglamentos de las Administraciones independientes para determinar su posición en el sistema de fuentes del Derecho, en conexión con el principio de legalidad y parcialmente también con la doctrina sobre la reserva de ley (Capítulo XIII).

Volver al final sobre una construcción muy acabada y central de toda la doctrina jurídico-pública, constitucional y administrativa, tiene su sentido. Primero, porque las preguntas decisivas siguen siendo en parte similares a las que se hizo la doctrina alemana de finales del siglo XIX, alterando desde luego los sujetos de la relación y los intereses en presencia. En segundo término, porque –como se acaba de ver que recordaba BETANCOR- la preocupación por el artículo 97 de la Constitución sigue viva, si bien en sus implicaciones concretas relativas al encaje de nuevos productos infralegales (y dejando al margen el creciente fenómeno de la autorregulación).

Pues bien, los criterios orientadores de la respuesta se analizan en este capítulo y giran, en resumen, sobre estos extremos. Ante todo, sigue siendo de todo punto necesaria una reconsideración de la doctrina de la reserva de ley que permita explicar hasta dónde puede o debe llegar el legislador (poder-deber concebido como función) en estos ámbitos y cómo habilita en lo restante al Gobierno, a los Ministros o a las Administraciones independientes.

Partiendo de esta centralidad del legislador, por emplear la expresión acuñada por SANTAMARÍA PASTOR<sup>6</sup>, el análisis de la posición de los reglamentos de las Administraciones independientes en el sistema de fuentes arroja las siguientes consecuencias.

Aparte de los intentos de construcción de una potestad reglamentaria autónoma o especializada (PAREJO ALFONSO y MUÑOZ MACHADO, respectivamente<sup>7</sup>), debe profundizarse a nuestro juicio en una reelaboración de los criterios nomodinámicos que tenga en cuenta todos los aspectos anteriormente apuntados.

Así, el eventual juego de un criterio de competencia o reparto de materias aparece este campo muy limitadamente. Es por ello esencial, a nuestro juicio, concebir de qué tipo es la relación entre normas gubernamentales y reglamentos de las Administraciones independientes en estos casos. Puede servir para ello la afirmación de un principio de superioridad no jerárquica de los primeros, a la luz de la función confiada por el legislador a las entidades dotadas de autonomía. Lo cual supone una cierta recuperación del principio de especialidad –sobre esta base– en el interior del bloque normativo; y se prueba, por último, en el campo del control. Al igual que el recuerdo de la centralidad del legislador en el primer sentido, hace recuperar a éste su posición dentro de la Constitución, también es preciso matizar o corregir en esta segunda dirección el predominio del juez sobre la ley: en la medida en que las habilitaciones concedidas por ésta resulten vagas o imprecisas, deberá intensificarse el control jurisdiccional sobre los reglamentos de las Administraciones independientes.

---

<sup>6</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, vol. I, 12004.

<sup>7</sup> Cf. la expresión del primero en PAREJO ALFONSO, L., “El alcance de la potestad reglamentaria local”, en VVAA, *Ponències del Seminari de Dret Local (Curs 94-95)*, Ayuntamiento de Barcelona, 1996, pp. 92-94 (aunque la construcción ya estaba apuntada en su trabajo sobre “La potestad normativa de las Administraciones independientes; apuntes para el estudio de un fenómeno”, en VVAA, *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, p. 635 ss.). Respecto a la admisión en este punto de una potestad reglamentaria especializada, véase también MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, vol. I, 2006, pp. 1224 ss. y vol. II, 2006, pp. 994 ss.





PARTE PRIMERA. NORMAS REGLAMENTARIAS Y  
ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: JUSTIFICACIÓN  
HISTÓRICA Y CONSTITUCIONAL

***CAPÍTULO PRELIMINAR***

***EL PROCESO DE PRODUCCIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS: CONSTANTES  
HISTÓRICAS Y REALIDAD JURÍDICA***

Dentro del proceso de sucesivo perfeccionamiento de las fuentes de Derecho escritas que comienza con la Revolución francesa (cuyos hitos principales son la supremacía de la ley, primero; y el reconocimiento del carácter normativo y supralegal de la Constitución, más tarde), la aparición de poderes normativos reglamentarios –inferiores al legislativo– ha comenzado a producirse siempre de forma empírica, para ser después objeto de racionalización doctrinal y de reconocimiento por los propios textos constitucionales.

El constitucionalismo europeo de los últimos siglos permite hablar en este punto de una auténtica constante histórica. El surgimiento del poder reglamentario parece responder así a leyes evolutivas propias, que apenas resultan afectadas por el marco constitucional en el que ven la luz (lo que se ha denominado muy gráficamente la “paradoja de la divergencia entre supraestructura constitucional e infraestructura reglamentaria”<sup>8</sup>). El fenómeno ha sido ya expuesto en varias ocasiones de forma brillante por lo que se refiere a las normas del Gobierno, y últimamente también a propósito de la teorización de las circulares normativas de la Administración Pública<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, p. 688.

<sup>9</sup> Respecto a lo primero, cf. SANTAMARÍA PASTOR ampliamente en la obra citada (Capítulo VII, pp. 688 ss.) y la posterior revisión sintética en “El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la ‘Revista de Administración Pública’”, *RAP* 150 (1999), pp. 533 ss.

La existencia de notas comunes en el surgimiento de toda potestad reglamentaria, de forma dispersa y en los intersticios dejados por el poder legislativo, puede afirmarse también por lo que se refiere al nacimiento de los reglamentos de las Administraciones independientes, si bien con matices propios.

En este caso, los problemas planteados de fundamentación jurídico-constitucional y de articulación dogmática (ejercicio de las habilitaciones, procedimiento de elaboración) se asemejan a los que tienen lugar en el caso de los reglamentos del Gobierno. Parece útil, por ello, intentar un acercamiento preliminar a alguno de los rasgos más característicos de este último proceso, desde un triple punto de vista: la evolución histórica de la aparición de tal poder reglamentario (I); la racionalización doctrinal y jurisprudencial llevada a cabo sobre él en torno a las grandes cuestiones de relación ley-reglamento (II); y un breve resumen de las características de la potestad reglamentaria en el vigente marco constitucional (III).

## **I. Rasgos generales de la evolución histórica**

En el proceso de nacimiento de normas de rango inferior a la ley, donde es posible encontrar algunas tendencias de fondo que sirven como pórtico al presente trabajo, hay con todo una serie de saltos cualitativos o de hitos que marcan claramente algunas etapas definitorias de la diversa situación de las normas que hoy llamamos reglamentarias.

Una periodificación en tal sentido ha de tener en cuenta, como primer paso, toda una época preliminar en la que la ley no ha aparecido aún como la categoría central del ordenamiento (larga fase histórica que se extiende hasta la Baja Edad Media); en segundo término, la etapa de las revoluciones liberales, uno de cuyos rasgos

---

Por lo que hace a las circulares internas de la Administración, *vid.* el Prólogo de BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup> a la obra de MOROTE SARRIÓN, J. V., *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, donde afirma: “Conforme se hacía más compleja la sociedad, mayor importancia tenía el poder de ejecución de las leyes que se transformó en la potestad de dictar normas jurídicas, lo que conocemos como potestad reglamentaria (...) [L]as antiguas circulares o instrucciones sufrieron una mutación conceptual, se convirtieron en reglamentos, cuya legitimación fundada en el poder residual del ejecutivo en los países que vivieron el principio monárquico o en la autorización del legislativo en países como Francia ya nadie discutió. La tarea doctrinal y jurisprudencial durante el pasado siglo se centró en la juridificación de esa potestad reglamentaria, estableciendo primero sus límites materiales (reserva de ley, principio de legalidad) y luego subrayando la importancia del procedimiento administrativo previo a la elaboración de los reglamentos” (p. 21).

más típicos es el de alumbrar justamente la idea de la ley como tipo normativo general (tanto frente a la costumbre, como norma no escrita, como en el sentido de afirmar su supremacía); y por último, ciñéndonos únicamente a lo que se refiere a las relaciones ley-reglamento, se ha de atender a la evolución experimentada durante los siglos XIX y XX y, muy destacadamente, a las líneas de tendencia del poder reglamentario en el Estado contemporáneo<sup>10</sup>.

§ De la primera y larga etapa histórica, que refleja toda ella una lucha por el poder normativo (una situación polémica entre el Parlamento y el Rey), hay que retener que la idea misma de ley significaba algo bien distinto a su noción actual, en línea con la concepción influida por el Derecho romano: “[a]quí la Ley equivale a primacía del Parlamento o del Cuerpo representativo sobre el príncipe. La primacía de la ley era una vieja expresión del Derecho romano, conservada secularmente, que sólo había encontrado una quiebra por la aplicación del principio *princeps legibus solutus* (...) En Roma, se dio el nombre de Ley, por antonomasia, al precepto emanado del órgano que en cada momento histórico encarna con más vigor la soberanía del Estado (...) [S]erá luego, en el Derecho romano imperial como en el Derecho regio desde 1600, cuando la idea de ley como algo superior se irá diluyendo, a veces, con el artificio de las recopilaciones con sanción regia, que colocaba en un mismo nivel todas las normas y que coincidieron curiosamente en todos los ciclos de poder real, hasta revivir tras la Revolución francesa” (VILLAR PALASÍ)<sup>11</sup>.

Por ello, resulta anacrónico hablar de una distinción entre ley y reglamento en todo este período, pues no hay regla de escalonamiento jerárquico ni de reparto de materias, sino que a lo sumo cabe hablar de “una dualidad de poderes normativos –el Parlamento con el Rey, y el rey solo- o, cuando menos, de dos tipos de normas (según su origen), la ley y lo que después se llamará el

---

<sup>10</sup> La división en estas etapas recoge una especie de opinión común en la doctrina: cf. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit., pp. 690-714; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, 2002, t. II, pp. 862 ss. y, para algunos aspectos sobre todo de la primera fase, VILLAR PALASÍ (*Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad Complutense de Madrid, 1968, pp. 141-143, 267-268 y 373 ss.

<sup>11</sup> Cf. *Derecho Administrativo*, cit., pp. 141-142 y 267-268. Esta reviviscencia, sin embargo, es de cualidad muy diferente. Sólo matizadamente se puede decir, como se verá después, que la noción de ley del Derecho romano reingresa en el ordenamiento tras las revoluciones liberales.

reglamento" (SANTAMARÍA PASTOR)<sup>12</sup>. Esta evolución en el desarrollo constitucional inglés es visible en la diferencia entre las normas dictadas por *the King in Parliament* (estatutos) o por *the King in Council* (ordenanzas), de forma que la lucha constitucional en Inglaterra es una polémica de prevalencia entre unas y otras<sup>13</sup>.

Los antecedentes en Francia y en España son de un tenor parecido. En la primera, partiendo del caótico panorama de las normas regias durante el Antiguo Régimen, "[l]as leyes del Rey utilizaban nombres variados como constituciones, estatutos, pragmáticas sanciones u ordenanzas. Entre todos estos términos, fue el de ordenanza el que más se empleó y que, con el tiempo, se haría equivalente al concepto 'ley del Rey'" (MUÑOZ MACHADO)<sup>14</sup>.

En el caso de España, añade este autor que la tipología de las normas presentaba el mismo aspecto múltiple y poco ordenado, siendo así que "la norma más completa existente en España al final del Antiguo Régimen era la pragmática" y que, al margen de diferencias, "lo que es incontestable (...) es la centralidad del monarca en todo el procedimiento de producción legislativa, ya que de él depende la aprobación y sanción de las normas principales del ordenamiento"<sup>15</sup>. De este modo, cuando se afirma la superioridad de

---

<sup>12</sup> Cf. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit., pp. 694 y 695.

<sup>13</sup> Cf. VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo*, cit., p. 374.

<sup>14</sup> Cf. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., t. II, pp. 862. La práctica de las *remontrances* con que los Parlamentos se dirigían al Rey "concluyó por convertirse, ya en los años inmediatamente anteriores a la Revolución francesa, en un serio obstáculo para la adopción de decisiones normativas o, dicho de otro modo, en una forma de participación de los Parlamentos en la función legislativa" (*ibidem*, p. 863). Como dice expresivamente Villar, "[e]n el Estado absoluto correspondía también al príncipe la potestad de emanar normas de carácter general, y solamente hacia finales del mismo se exigía el registro en los Parlamentos como una especie de promulgación al revés" (*Derecho Administrativo*, cit., p. 142).

<sup>15</sup> Cf. *ibidem*, p. 864. VILLAR precisa que hay que diferenciar los sistemas de Cataluña y Aragón, de un lado y el presente en Castilla, de otro: mientras que "en el Reino de Cataluña encontramos las mismas luchas entre las Pragmáticas del príncipe (...) y la legislación dictada por las Cortes junto con el príncipe" –hasta establecer el principio de que la Pragmática no puede ir contra el *Usatge*–, "en Castilla, por el contrario, la prevalencia de la Pragmática real sobre la legislación general es afirmada ya [aún] hacia los fines de la Edad moderna, a consecuencia de un mayor centralismo y de un mayor poder en manos de los príncipes" (*Derecho Administrativo*, cit., p. 375).

En cuanto a las formas de aprobación, tras la dispersión de la Baja Edad Media (desde el siglo XIV las disposiciones reales adoptan las dos formas predominantes de Reales Provisiones –para publicar los actos de Cortes y las Pragmáticas– y de Reales Cédulas), ya en el siglo XVIII aparecen las denominaciones de Reales Decretos y Reales Órdenes para designar a las disposiciones que se circulan a través de los Secretarios de Despacho, si bien –dice Santamaría– "unas y otras denominaciones se mezclan: así, los Reales Decretos se publican mediante Reales Cédulas, actuando éstas a modo de continente y aquéllos como contenido" (*Fundamentos*, cit., p. 693).

las normas aprobadas por el Parlamento frente a las nacidas del poder del monarca –así, al establecer la Nueva y la Novísima Recopilación que los monarcas no pueden atacar a las Leyes generales del Reino derogándolas, modificándolas ni suspendiéndolas- se significa algo diferente: “se está aludiendo no al principio de jerarquía de las normas (...) sino a otra cosa distinta (...) [P]recisamente, que la resolución concreta, lo que podríamos llamar hoy el acto administrativo concreto (...) tiene que ajustarse a la legislación general, pero no que la legislación general dictada por el Rey esté jerárquicamente subordinada a la Ley general del reino”<sup>16</sup>.

§ Del surgimiento de la potestad reglamentaria, tras su supuesta negación inicial en los albores del Estado constitucional, se tratará después con detalle al estudiar la experiencia francesa, que muestra que “la utopía [de la desaparición completa de las normas del Ejecutivo] duró sólo una década” o cómo, por decirlo de nuevo en palabras de SANTAMARÍA, el Ejecutivo francés “recuperó en sólo ocho años la total potestad reglamentaria” que correspondía a los Monarcas durante el antiguo Régimen<sup>17</sup>.

En nuestro país, cabe observar un fenómeno parecido: tras la intención inicial de los diputados de Cádiz de asumir toda potestad normativa con exclusión de la reglamentaria (Decretos de 24 de septiembre de 1810 y 16 de enero de 1811), el Decreto de 26 de enero de 1812 sigue la fórmula de la Constitución bonapartista –“la Regencia expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes, oyendo antes al Consejo de Estado”-, que pasará casi de forma idéntica a la Constitución de 1812 (la potestad de hacer ejecutar las leyes corresponde al Rey; y la de expedir las mencionadas normas reglamentarias: artículos 16 y 17) y, con variantes, a todas las del siglo XIX (artículos 45 y 47 de la Constitución de 1837; 43 y 45 de la Constitución de 1847; 49 y 52 de la de 1856; 35 y 69 de la Constitución de 1869, añadiendo éste que “al Rey corresponde la facultad de hacer reglamentos para el cumplimiento y aplicación de las Leyes, previos los requisitos que las mismas señalen”; artículos 72 de la Constitución federal de 1873 y 54 de la Constitución de 1876; y artículo 79 de la Constitución de la Segunda República, que confería al Presidente de ésta, a propuesta

---

<sup>16</sup> Cf. VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 375-376.

<sup>17</sup> Cf. *Fundamentos*, cit., pp. 697 y 688, respectivamente.

del Gobierno, la función de expedir los decretos, reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de las leyes)<sup>18</sup>.

Por otra parte, la gran novedad de la Revolución, la afirmación de la idea del "reino de la ley"<sup>19</sup>, debe completarse con el giro del sistema alemán organizado sobre el principio monárquico hacia un modelo más liberal, coincidiendo con la aportación doctrinal de la iuspublicística de Laband y Jellinek en torno a las nociones de ley en sentido material y en sentido formal. Todo ello nos llevaría ahora inevitablemente más lejos, al estudio de la evolución del principio de legalidad y de la idea de reserva de ley –y a la consecuente reubicación de la potestad reglamentaria- que se hará en el último capítulo de este trabajo.

§ Más que todo lo anterior interesa resaltar ahora la existencia de ciertas líneas de tendencia profundas, características de todos los sistemas europeos en el desarrollo del Estado contemporáneo. Durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, la potestad reglamentaria es objeto, al menos en los países latinos como lo resume SANTAMARÍA, de un crecimiento desigual en intensidad sobre la base del reconocimiento de los "reglamentos de prerrogativa" (un último ámbito libre de la potestad normativa del Ejecutivo), de la afirmación clara de una potestad originaria de desarrollo de las leyes y aun de la aceptación de una potestad autónoma (con las singularidades de su consagración constitucional en el caso de Francia, como se verá) y, en especial, de una última línea doble de incremento: la creación de nuevas formas de relación con la ley y de

---

<sup>18</sup> Cf. *ibídem*, pp. 699-700 y VILLAR, *Derecho Administrativo*, cit., p. 372. Por lo demás, la constante histórica en este punto consiste en resaltar que las líneas de progreso son muy semejantes, a pesar de las diferencias de régimen político: SANTAMARÍA destaca las semejanzas entre la Francia liberal de 1848 y la Prusia autoritaria de 1850; o las que existen entre la práctica italiana anterior y posterior a la Constitución de 1847; o en fin el caso de España, "donde el texto constitucional no ha supuesto, de hecho, el menor cambio formal respecto de la praxis reglamentaria habida en el régimen de Franco" (cf. *Fundamentos*, cit., p. 688; juicio que repite con matices en su trabajo de 1999 "El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la 'Revista de Administración Pública'", cit., pp. 540-543. Lo cual se debe tanto a la afirmación de importantes principios por vía doctrinal durante la etapa franquista (jerarquía de los diversos tipos de normas escritas, reserva de ley e interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria) como a los factores de continuidad posconstitucionales, entre ellos la inercia sociológica a la hora de concebir las relaciones ley-reglamento y la continuidad de fondo con las tendencias evolutivas profundas del Estado contemporáneo –apuntadas ya durante aquella etapa-, como se verá a continuación.

<sup>19</sup> Cf. el desarrollo de esta idea por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos (La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa)*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 125 ss.

asunción de este rango por productos del Gobierno y la dispersión de la titularidad de la potestad reglamentaria.

§ La confirmación de estas tendencias es patente en el constitucionalismo actual desde un triple punto de vista que puede resumirse en este aserto: más expansión, mayor dispersión y nuevos fundamentos jurídico-constitucionales de la potestad reglamentaria<sup>20</sup>.

De alguna manera, puede decirse incluso que estos problemas de crecimiento son consustanciales al reconocimiento de potestades normativas (reglamentarias o por debajo de la ley, en general) en las sociedades contemporáneas. Se plantean con especial agudeza allí donde no existe una consagración constitucional explícita de un poder normativo del Gobierno. Con claridad se ve este problema en los EEUU de América, donde LAVILLA RUBIRA ha estudiado "esta suerte de problema permanente de la potestad reglamentaria"<sup>21</sup> en que consiste la participación en la elaboración de los reglamentos, justamente partiendo de la afirmación de una era del *rulemaking*, del poder normativo como principal instrumento del Gobierno. De hecho, una parte relevante del análisis de dicha participación pública consiste aún en afirmar que ésta es la que da el fundamento democrático a las normas aprobadas por las agencias: puesto que "sigue siendo cierto que la posición de éstas, y en particular, su titularidad de potestad normativa de índole sustantiva, en un sistema jurídico-político profunda y constitucionalmente comprometido con la separación de poderes, es todavía 'anómala' y 'sospechosa'", se articulan diversos modelos para explicar tal fundamentación democrática, uno de los cuales es precisamente el procedimental<sup>22</sup>.

Todavía en España, donde la Constitución no deja lugar a dudas sobre el fundamento democrático de la potestad reglamentaria originaria del Gobierno (artículo 97), se plantean diversos problemas de orden material y formal que atañen a la posición de la Administración como poder regulador<sup>23</sup>. Partiendo de la constatación

---

<sup>20</sup> Cf., para todo este apretado resumen, la descripción de SANTAMARÍA acerca de la evolución de la potestad reglamentaria en los siglos XIX y XX y de sus rasgos en los Estados contemporáneos (*Fundamentos*, cit., pp. 702-714).

<sup>21</sup> LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, 1991, p. 62.

<sup>22</sup> Cf. *ibidem*, pp. 103 ss.

<sup>23</sup> Tal es el título, "La Administración como poder regulador", del trabajo de SANTAMARÍA PASTOR en la obra colectiva (dir. F. Sáinz Moreno) *Estudios para la reforma de la Administración*

fáctica de que los poderes normativos reglamentarios plantean problemas novedosos en los sistemas democráticos actuales, no tanto de sistema normativo *stricto sensu* o "desde la perspectiva unilateral de su fuente de producción, la actividad de los poderes públicos" (aunque también en algún punto, como se verá), sino especialmente en la óptica de sus destinatarios y de sus aplicadores: se trata de que "estas normas se produzcan con un ritmo, con arreglo a un procedimiento y con un contenido que permitan su natural cumplimiento con el menor posible de costes y dificultades y con el mayor índice de seguridad factible"<sup>24</sup>.

Por lo demás, sin intentar un elenco de los problemas que se suscitan en el doble orden apuntado –algunos de los cuales son bien conocidos, como la hiperinflación normativa y la consiguiente pérdida de calidad de los textos–, sí que deben destacarse las características que podrían tocar más a las reglas aprobadas por las Administraciones independientes. Así, en cuanto a los de índole material, es de notar que el progresivo vaciamiento de las normas de rango legal en favor de los reglamentos tiene a su vez un doble sentido: el más obvio cuantitativo (de hecho, aquí lo que se observa es que el proceso de inflación normativa es inversamente proporcional "a la jerarquía o relevancia política de los órganos edictores de las normas"<sup>25</sup>); y también otro que cabe llamar cualitativo o de grado: un vaciamiento que es imputable "a las constantes (y crecientes) remisiones que las leyes hacen a los reglamentos para regular cuestiones centrales (en absoluto subordinadas ni secundarias) de cada materia tratada", y también al hecho de que "las normas parlamentarias han ido adquiriendo un tono y un contenido cada vez más evanescentes"<sup>26</sup>.

Desde la perspectiva más concreta del reglamento, otra tónica general que cabe apreciar en todos los productos normativos de este rango es la tendencia a la fragmentación o "sectorialización" del ordenamiento. Como dice Santamaría Pastor, "este fenómeno se

---

*Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 375 ss., del que se toman los rasgos principales del diagnóstico del proceso normativo que se citan en el texto.

<sup>24</sup> Cf. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "La Administración como poder regulador", cit., p. 377.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 389.

<sup>26</sup> Cf. *ibidem*, pp. 380-381. Un claro ejemplo de ello puede verse en la diversidad de normas jurídicas, por su contextura y grado desigual de eficacia vinculante, que aparecen en la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.



produce de manera muy acusada en el nivel de las disposiciones reglamentarias reguladoras de determinados sectores (...), en los que la ley cabecera de la regulación sectorial ha sido objeto de desarrollo (¿?) mediante decenas de reglamentos (por ejemplo, el mercado de valores o las telecomunicaciones)”<sup>27</sup>, una tendencia que no hace sino aumentar si se toma en consideración que los últimos escalones de los respectivos grupos normativos están integrados por circulares aprobadas por las Administraciones independientes que existen en tales sectores.

En este punto, las cuestiones que más de cerca se refieren a las normas objeto de estudio en este trabajo son, sin duda, las relativas a la titularidad de la potestad normativa, no ya en el sentido de aparición de nuevas fuentes en sentido primario o fuerzas sociales creadores de las normas (en la clásica terminología de DE CASTRO<sup>28</sup>), sino en la doble vertiente de determinar, aun dentro de las fuentes en sentido secundario que provienen de la Administración pública: qué centro de poder normativo es el que ostenta la competencia – dispersión de la titularidad en la que se inscribe plenamente el fenómeno de las normas aprobadas por las entidades dotadas de autonomía- y en qué ámbito puede válidamente producirse –cuestión que se afrontará con detalle en el último capítulo.

§ En fin, como se estudiará con detalle al tratar del Derecho de la regulación, en esta materia se produce también –como señalara SÁNCHEZ ANDRÉS- una consecuencia del crecimiento exponencial de la función de regulación (“ordenación de la actividad económica”)

---

<sup>27</sup> Cf. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “La Administración como poder regulador”, cit., pp. 395 y 415.

<sup>28</sup> Cf. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, tomo I, 2ª ed. IEP, 1949 (reunida después junto al segundo volumen en ed. facsímil, Civitas, Madrid, 1984), p. 331.

En esta acepción hay también nuevos problemas, como el de la generalización de la llamada autorregulación y la creciente aparición de “disposiciones de origen privado o cuasiprivado, pero cuya aplicabilidad y eficacia sobre múltiples tipos de relaciones jurídicas son casi equiparables a las de origen público” (cf. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “La Administración como poder regulador”, cit., p. 417). Respecto al primer fenómeno apuntado, que obviamente excede del objeto del presente estudio, cf. ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Pamplona, Aranzadi, 2002 y los diversos trabajos de DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.: *Derecho Público y autorregulación: la autorregulación regulada*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005; “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía”, en VVAA (dirs. S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo), *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, pp. 631 y ss.; y últimamente, desde una perspectiva parcialmente distinta, DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, *RAP*, núm. 183 (septiembre-diciembre 2010), págs. 139-177.

modernamente concebida. Basta un repaso, decía, a los diarios oficiales para percatarse de "la existencia de una verdadera selva de disposiciones de toda índole y diversa condición que, relacionadas por supuesto con la creciente complejidad del mundo contemporáneo, han acabado por introducir numerosos excesos de intervencionismo económico más allá de las tradicionales industrias reguladas (esto es, para toda clase de empresas, que no sólo respecto de las de Banca, Bolsa y Seguros)"<sup>29</sup>.

## II. Las líneas de racionalización doctrinal

De hecho, las notas anteriores marcan profundamente el acercamiento de la doctrina y de la jurisprudencia a los nuevos problemas que plantea la relación entre ley y reglamento.

Interesa aquí traer a colación, como cuestiones materialmente cercanas a las que plantean las normas de las Administraciones independientes (como se verá en el último Capítulo), aquellos rasgos que se van perfilando con nitidez en toda la doctrina europea acerca de la potestad reglamentaria. La misma afirmación *de su carácter de potestad normativa*, hoy a todas luces indiscutible, atraviesa ciertos momentos de dificultad que tocan de cerca a las reglas contenidas en las llamadas circulares o instrucciones emanadas de las Administraciones independientes: a consecuencia del extraordinario crecimiento de las formas de intervención pública, se trata en muchas ocasiones de reglas que no cumplen con el estándar tradicional de generalidad ni de abstracción. Al tratar del encaje de estas normas en el sistema de fuentes, se verá una vez más lo acertado del doble resumen que hace VILLAR PALASÍ sobre la aplicación del Derecho administrativo: de un lado, la prevalencia efectiva de lo concreto ("la Administración pública funciona primero a la vista de las circulares y raramente [...] con las leyes generales a la vista"); de otro, el retorno

---

<sup>29</sup> Lo que produce, al decir de este autor, diversas perversiones en el sistema de fuentes y riesgos en el proceso de concreción, ejecución y desarrollo de normas superiores (cf. SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "Doctrina general de la regulación", en *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores* [ed. a cargo de J.C. Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez], Civitas, Madrid, 2008, pp. 106, 107 y nota 7).

jurisdiccional a lo abstracto, "a las normas-límite en la incriminación jurisdiccional del acto concreto"<sup>30</sup>.

De otra parte, la conciencia de que la potestad reglamentaria se construye como potestad normativa secundaria *per se*, esto es la afirmación de la primacía de la ley sobre el reglamento "considerados una y otro como tipos abstractos de normas"<sup>31</sup>, no resiste hoy acercamientos excesivamente simplistas, sino que exige reconocer la presencia cada vez mayor de formas de dirección por la ley. Ésta suele concebirse hoy como la norma a la que corresponde trazar el programa legal de actuación en el que se mueven las normas reglamentarias inferiores. La idea de un programa de ordenación normativa no es reciente ni "es nada impalpable ni misterioso", como afirma SANTAMARÍA, quien, a propósito de la inutilidad de las habituales cláusulas genéricas de desarrollo reglamentario, señala que desde luego dichas autorizaciones no cabe entenderlas "como una suerte de declaración de desinteresamiento ulterior del legislador" (perspectiva que, dice, sería propia como mucho de una monarquía dualista), sino que por el contrario cobran todo su sentido cuando el Gobierno –que no sólo desarrollará la habilitación, sino a quien, en un entendimiento realista de la división de poderes, corresponderá impulsar el proyecto legislativo- "trace el programa de ordenación normativa: qué cuestiones se van a regular (y cómo), y quién, la ley o el reglamento, va a regular cada una de ellas, en qué niveles de detalle"<sup>32</sup>.

Con todo, esta aproximación doctrinal, esta forma de racionalizar un poder que ha surgido de forma histórica en los espacios dejados por el legislador, pone de relieve a nuestro juicio una contraposición que no ha sido hasta el momento suficientemente destacada. Una vez que nacen las normas del Gobierno para dar respuesta a necesidades de la práctica –para llegar al detalle de los botones del uniforme de la Guardia Nacional, como decía MOREAU- a las que no alcanza la función de los Parlamentos, debe decirse que,

---

<sup>30</sup> Cf. VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo*, cit., pp. 416 y 414, respectivamente.

<sup>31</sup> SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., p. 738. Ello no quiere decir que en el vigente marco constitucional la ley sea superior porque sólo ella emana del principio democrático. Al contrario, el origen democrático también de las normas del Gobierno y de la Administración hace forzoso plantearse cuál es hoy el papel del principio de legalidad, cuestión que se aborda también con más detalle al tratar del sistema de fuentes en su conjunto.

<sup>32</sup> Cf. *ibidem*, p. 797.

sentada actualmente su legitimidad constitucional, no se ha reparado con detalle en la circunstancia de que la función del Gobierno sube por así decir un escalón. El complejo ley-reglamento (en términos de fuentes en sentido primario: mayoría parlamentaria y Gobierno) asume hoy las funciones de "legificación" en sus líneas esenciales y cada vez es menos exacto afirmar que a éste corresponde el desarrollo de los detalles. Asumida hoy sin problemas su legitimación democrática, la misión del desarrollo de los detalles (los cuales, en el panorama crecientemente complejo del desarrollo social, no consisten con frecuencia en ejecución de reglas de conducta u organizativas: los botones de la casaca; sino en la precisión rápida y eficaz de los parámetros definidos por aquéllos en términos de amplitud económica) se transfiere cada vez más intensamente a los escalones inferiores de la cadena normativa, entre los que se cuentan las normas de las llamadas Administraciones independientes<sup>33</sup>.

### **III. Los caracteres comunes a esta forma de concebir la potestad reglamentaria**

Por eso –y con esto finaliza este acercamiento preliminar que ha de remitir ampliamente a la última parte de este estudio- algunas de las notas que marcan actualmente la potestad reglamentaria se ven con especial intensidad en las normas elaboradas por las entidades dotadas de autonomía.

En primer lugar, la cuestión no es hoy principalmente si se admiten o no los reglamentos independientes en el sentido de nacidos en ausencia de todo texto legal; entre otras razones, porque el proceso de legislación comenzado desde arriba apenas deja huecos en la consideración de ciertos campos sociales o económicos. El problema es, más bien, el de la potestad reglamentaria derivada o producida en el marco de una ley con habilitaciones en blanco o excesivamente vagas. No es propiamente la cuestión que plantean las

---

<sup>33</sup> Ello vendría a completar –a añadir, si se quiere, un peldaño más- al complejo proceso de diversificación del poder normativo-ejecutivo. No se está ya ante "el fenómeno de retroceso de la ley en beneficio del reglamento" propio de las necesidades bélicas y económicas de comienzos del siglo XX (cf. SANTAMARÍA, *ibidem*, p. 743), sino que el panorama cambia en parte decisivamente. El mundo reglamentarizado o reglamentista accede con frecuencia al texto de las leyes (también porque es posible su rápida elaboración), pero en otros puntos la misión de éstas es de pura remisión o de apertura de campos normativos a los que se llama con colaborar, con frecuencia, no a los Gobiernos sino a entidades dotadas de autonomía justamente para el ejercicio de tales funciones.

Administraciones independientes (la normación por el Banco de España de los recursos propios, o la que llevan a cabo los reguladores económicos sobre los deberes de los operadores en el mercado) la de su base legal porque no se producen en el vacío, sino la de su ajuste –por exceso o defecto– a las reglas que a la ley compete dictar en la regulación de las libertades que están en la base de tales sistemas<sup>34</sup>.

En segundo término, también puede decirse que la potestad reglamentaria de las Administraciones independientes, a pesar del discurso sobre su pretendida base en la neutralización técnica, participa del carácter político de toda potestad reglamentaria externa, del “plus neto sobre la existencia de la organización, que no es inherente a la misma, sino que le tiene que ser atribuida desde fuera de ella” (SANTAMARÍA<sup>35</sup>).

Con todo, se trata por último de una potestad no originaria o de derecho común (como es la del Gobierno ex artículo 97 de la Constitución), sino propiamente de atribución, aunque construida sobre bases formales bien diversas a la potestad reglamentaria de los Ministros: no por delegación, sino a través de la atribución normativa en que consiste la remisión que otorga la ley en cada caso a favor de las Administraciones dotadas de independencia. Por eso, los problemas que básicamente se plantean son sustancialmente los mismos que suscita cualquier poder normativo de este tipo: la delimitación de su ámbito material y las exigencias de elaboración formal que deben observarse para su aprobación<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Una distinción dentro del amplio sentido que ya entrevió ZANOBINI al referirse tempranamente a los reglamentos autónomos “para designar, acumulativamente, los reglamentos dictados en uso de autorizaciones legislativas en blanco (...), así como los dictados incluso sin dicha autorización, en materias no reguladas en absoluto por leyes formales” (como lo resume SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., p. 646, citando el célebre trabajo de aquél sobre “Il fondamento giuridico della potestà regolamentare nell’ordinamento vigente”, publicado en *Raccolta di scritti sulla Costituzione*, Milán, 1958, III, pp. 366 ss.)

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 754.

<sup>36</sup> El estudio de lo primero requiere atender a los criterios materiales de la remisión: mensurabilidad, completud, previsibilidad y criterio de la ejecución administrativa; así como a la forma de ejercicio –o cumplimiento reglamentario– de la habilitación: sin contradicción, siguiendo el programa de ordenación normativa previsto en la ley y teniendo en cuenta que dicho ejercicio “consiste siempre en dictar normas nuevas sobre supuestos de hecho no regulados en la ley”. El análisis de los requisitos formales de elaboración es igualmente decisivo, no ya por exigencias supralegales [artículo 105.a) de la Constitución], sino porque pone de relieve circunstancias tales como “la reflexividad de la actividad normativa de la Administración” (i. e. su importancia social y económica: “[l]as auténticas reglas de fondo se contienen en los reglamentos que, reproduciendo incluso las normas de leyes que desarrollan, se convierten en los textos operativos por excelencia del mundo jurídico”) y la importancia de la participación externa (hasta el punto de que estos mecanismos participativos “cortocircuitan la institución parlamentaria y los partidos, creando una línea de conexión directa entre la burocracia y las

---

organizaciones representativas de intereses e incrementando el grado de legitimación de los productos reglamentarios a costa de la ley”). Cf. SANTAMARÍA PASTOR, *ibidem*, pp. 800, 802, 712 y 804: se trata, en definitiva, de una relectura de los principios de articulación real entre ley y reglamento, hecha a la luz de lo que sucede en el caso de los reglamentos dictados por las Administraciones independientes.

## **CAPÍTULO I**

### **UNA MANIFESTACIÓN HISTÓRICA DE LA EVOLUCIÓN DE PODERES NORMATIVOS: REGLAMENTOS DEL GOBIERNO Y DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN EL DERECHO FRANCÉS**

#### **I. Orígenes históricos de la potestad reglamentaria**

Al igual que la realidad de un poder ejecutivo transpersonal y organizado, el poder reglamentario surge en la Francia del siglo XVIII como una solución de transacción entre los nuevos principios revolucionarios –de modo muy especial, el “dogma” rousseauniano de la ley como expresión de la voluntad general— y los viejos y dispersos poderes normativos del rey en el Antiguo Régimen<sup>37</sup>.

##### **A. La influencia de Rousseau y la ley como expresión de la voluntad general**

Apenas puede exagerarse la influencia del pensamiento de Jean Jacques Rousseau sobre las ideas de los teóricos de la Revolución francesa. Por lo que hace a la construcción de los poderes legislativo y ejecutivo, la Constitución de 1791 es mucho más tributaria de Rousseau que de Montesquieu cuando, abandonando el esquema de constitución a la inglesa que éste último proponía, estableció la noción de la ley como expresión de la voluntad general (artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano) y del poder ejecutivo como encargado única y exclusivamente de la ejecución de la ley. En lo tocante a este último punto, la Constitución de la primera República parece adoptar el punto de vista de Rousseau, según el cual “el poder legislativo soberano necesita de otro poder que ejecute, es decir, que concrete la ley en actos particulares”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Sobre estos últimos, cf. lo dicho en el Capítulo preliminar.

<sup>38</sup> J. J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne*, citado por M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799)*, París, 1991, p. 30. Por lo demás, su concepción de la ley hace prácticamente imposible que el legislador pueda llevar a cabo por sí esa tarea, dada la generalidad intrínseca de aquélla, lo que acaso en su teorización sea aplicable a toda norma jurídica: “[L]a ley considera (...) a las acciones como abstractas: nunca toma a un hombre como individuo ni una manifestación particular (...); en una palabra, toda función que se relacione con algo individual no pertenece al poder legislativo” (*El contrato social*, trad. J. de Esteban, Ciro eds., Madrid, 2011, p. 47).

Como resultado de esta influencia, los constituyentes partieron de que la Asamblea era el único poder facultado para emanar normas generales dirigidas a los ciudadanos, lo que se ha dado en llamar "monismo" del poder legislativo o total negación, en el plano de los principios constitucionales, de la existencia de un poder reglamentario<sup>39</sup>.

A pesar de ello, la realidad de los hechos fue muy distinta y, en el lapso de tiempo transcurrido entre el comienzo de la revolución y la Constitución napoleónica de 1799, se consagró primero la práctica de dictar normas de carácter reglamentario y se recogió finalmente en el texto de la citada constitución la existencia de un poder reglamentario propiamente dicho.

La discordancia o *décalage* entre normas constitucionales y realidad en esta etapa ha sido descrita en diversas ocasiones<sup>40</sup>. Un detallado estudio sobre el asunto, que recoge gran parte de las anteriores conclusiones aunque matizándolas sobre la base de la investigación directa de los archivos revolucionarios, es el que ha llevado a cabo Michel Verpeaux en su obra *Le naissance du pouvoir réglementaire (1789-1999)*<sup>41</sup>. Sigue este autor la división de las etapas de la Revolución francesa hecha por AULARD en su *Histoire politique de la Révolution française*<sup>42</sup>, quien distingue entre la

---

<sup>39</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1988, pp. 696-697. Habla este autor de la "desaparición completa de la potestad reglamentaria", en alusión a los poderes normativos que se reconocían al rey durante la etapa anterior a la revolución.

<sup>40</sup> En la doctrina francesa, además del citado trabajo de Michel VERPEAUX que seguiremos fundamentalmente en nuestra exposición, cabe destacar entre otras las clásicas obras de Félix MOREAU, *Le règlement administratif*, París, 1901 y de J. BARTHÉLEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, París, 1906. La aparición del poder reglamentario en el primer constitucionalismo francés fue explicada por Georg JELLINEK en Alemania, *Gesetz und Verordnung*, Friburgo, 1887 y más tarde por C. RASENACK, *Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789*, Berlín, 1967. Desde otro punto de vista trata la cuestión Marguerite A. SIEGHART, *Government by decree: a comparative study of the history of the ordinance in English and French law*, Londres, 1950. En España, un buen resumen de la evolución de esta década se encuentra en J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos*, cit., pp. 697-698; de la emergencia del poder reglamentario en Francia trata también S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., t. II, pp. 866-868 y alude a ella brevemente E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo* (junto con T.-R. Fernández), Madrid, 1999, t. I, p. 175, si bien cabe recordar que corresponde a este autor la explicación clásica de la aparición de un poder ejecutivo transpersonal (Administración) a modo de disidencia de los principios revolucionarios, en su trabajo "Revolución francesa y Administración contemporánea", que apareció por primera vez en el *Libro homenaje al prof. Pérez Serrano*, Madrid, 1959.

<sup>41</sup> Cit. en nota 37. En la doctrina española posterior se ha hecho eco de este trabajo S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., t. II, p. 867 ss.

<sup>42</sup> La obra de Alphonse AULARD, *Histoire politique de la Révolution française: origines et développement de la démocratie et de la république (1789-1804)*, era ya citada por VICENS VIVES como la iniciadora del estudio moderno de la Revolución (J. VICENS VIVES, *Historia General Moderna: del*



Revolución constitucional (1789-1792), la Revolución democrática (1792-1795) y la Revolución burguesa (1795-1799). Tales etapas corresponden a cambios constitucionales profundos –señala Verpeaux– que pueden tener una influencia determinante sobre los orígenes del poder reglamentario; y ello a pesar de que las normas constitucionales no explican por sí solas la evolución de dicho poder ni la aparición de la noción de reglamento. Por primera vez a lo largo de su estudio indica aquí el citado autor que, durante todo este período, se asiste a “una diferencia considerable entre la teoría política y la realidad de los actos jurídicos. Mientras que todos los textos constitucionales afirman la omnipotencia de la ley, regla jurídica única susceptible de ser dictada por la Asamblea, el poder ejecutivo no deja de adoptar actos, cuya denominación varía, que escapan a toda habilitación constitucional y que, a menudo, se dictan para ejecutar y completar una ley”<sup>43</sup>.

## **B. La evolución del poder reglamentario desde 1789 a 1799**

En línea con la idea que se acaba de apuntar y siguiendo la división propuesta por VERPEAUX, cabe hablar en este decenio de tres etapas: la de la supuesta negación de todo poder reglamentario (1789-1792) [1]; la fase de omnipotencia de la Asamblea, y la del reconocimiento del poder ejecutivo como un poder de ejecución de la ley (1792-1795) [2] y la definitiva afirmación del poder reglamentario (1795-1999) [3].

### *1. La teórica negación del poder reglamentario (1789-1792)*

En esta fase, el escaso debate de los constituyentes en torno al poder reglamentario se centra en el texto del precepto que luego se convertiría en el artículo 6 de la Constitución de 1791. Discutido por vez primera en la Asamblea Nacional el 30 de septiembre de 1789 sobre una propuesta de Target, sería aprobado como Decreto de aquélla de 2 de octubre de 1789<sup>44</sup> y decía así: “El poder ejecutivo no

---

*Renacimiento a la crisis del siglo XX*, Barcelona, 1942; 1ª ed. bolsillo 6ª reimpr., t. II, p. 257), aunque esta concepción ha sido después revisada por numerosos estudios, entre los que cabe destacar los de François FURET, *Pensar la Revolución francesa*, trad. esp. Barcelona, 1980 y el mismo autor, junto con Denis RICHEL, *La Revolución francesa*, trad. esp. Madrid, 1988.

<sup>43</sup> M. Verpeaux, *cit.*, p. 18.

<sup>44</sup> La fecha que figura en la *Collection* de Duvergier es el 1 de octubre de 1789 y como tal consta en numerosos estudios. VERPEAUX, que sigue fundamentalmente los *Archives parlementaires* fundados por Madival y Laurent, señala como correcta la fecha que se cita en el texto.

puede elaborar ninguna ley, ni siquiera provisional, sino únicamente actos conformes a las leyes [*des proclamations conformes aux lois*], para imponer o recordar sus prescripciones”.

En la versión definitiva del artículo 6 (de la sección I del capítulo IV del título III) de la Constitución, según un texto presentado por Thouret, la expresión final *l'observation* se substituyó por la de *l'exécution*. Las proclamaciones reales podían, en definitiva, ordenar o reclamar no sólo la observancia de la ley, sino su ejecución. Sin embargo, este cambio no fue determinante, pues en ambos casos el poder ejecutivo estaba solamente encargado de velar por el respeto de la ley.

Si en el plano de los principios la idea anterior era clara, no lo fue tanto la práctica seguida por las proclamaciones reales en la etapa 1789-1792. Ante todo, la noción de *proclamation*, cuyo origen ha de entroncarse con las *proclamations* de la Corona británica del siglo XVIII<sup>45</sup>, no se trataba de forma unívoca por el texto constitucional. Mientras que la promulgación de la ley era debida por el monarca y tenía el contenido preciso previsto en la Constitución, la idea de proclamación se recogía en diversos artículos de ésta, unos relativos a las funciones regias y otros a las del cuerpo legislativo. Entre los que hacían referencia a las proclamaciones del rey, algunos se referían a esta como una forma obligatoria de expresión –así, la proclamación mediante la que el Rey juraba fidelidad a la nación y a la ley y se comprometía a hacer ejecutar ésta (artículo 4 de la sección I del capítulo II del título III)-, en tanto que otros, como el citado artículo 6, recogían las proclamaciones en mera forma facultativa.

Junto a ello, y fundamentalmente, la realidad determinó un uso extensivo de la potestad reglamentaria como ejecución de las leyes. En primer término, por parte de la propia Asamblea, que dictó numerosos *règlements* sobre cuestiones de detalle y se encargó por sí de la ejecución de *décrets* emanados de ella misma.

Pero la mayor ruptura con los principios constitucionales fue la que llevó a cabo el poder ejecutivo mediante la emanación de actos de ejecución de las leyes. Estos actos tomaron sobre todo, aunque no únicamente, la forma de proclamaciones reales. De acuerdo a

---

<sup>45</sup> Según J. LARROQUETTE, *Le pouvoir exécutif dans la Constitution de 1791*, Burdeos, 1921, citado por M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799)*, p. 82.

VERPEAUX, los actos del rey dirigidos a ejecutar las leyes pueden agruparse en esta época alrededor de tres categorías:

- Una primera que reflejaba la persistencia temporal de ciertas formas del Antiguo Régimen: *règlements, déclarations, ordonnances du roi*.
- En segundo lugar, las *instructions du roi*, dotadas en principio de carácter explicativo, pero que sobrepasaban en ocasiones dicha función.
- Por último, la genérica noción de *proclamations*, que comprendía muy diversos actos del monarca, algunos de carácter no reglamentario (discursos políticos, nombramientos, proclamaciones concernientes a aspectos financieros y aquellas que meramente reclamaban la ejecución de la ley) y otros con contenido normativo propiamente dicho.

Respecto de estas últimas proclamaciones, las dotadas de carácter reglamentario, el rey viene pues a dictar actos cuyo contenido no está recogido en la Constitución de 1791; y además tales proclamaciones contienen una decisión nueva, general e impersonal, de modo que chocan directamente con los principios de 1789, sin que estén ligadas en absoluto a la previsión de una prerrogativa real por la Constitución.

Con todo, estas proclamaciones reglamentarias son poco numerosas en este trienio y no permiten hablar aún de un auténtico poder reglamentario. Sí que es posible extraer dos conclusiones: una, que la ley abstracta y soberana no se basta a sí misma, sino que tanto el poder legislativo como el ejecutivo se ven obligados a precisar, explicar y comentar sus decretos. Y otra, que comienza a abrirse la brecha entre texto constitucional y realidad que se ampliará en los años siguientes<sup>46</sup>.

## 2. La etapa de la Convención y la necesidad de ejecución de las leyes (1792-1795)

---

<sup>46</sup> Cf. M. VERPEAUX, cit., p. 144.

Se da en esta etapa una teórica supremacía de la Convención legislativa, que trata de refrenar los excesos reglamentarios del poder ejecutivo de la etapa anterior.

Sin embargo, una vez más la realidad se aleja de los textos constitucionales; y es en este trienio, quizá más en que los otros, donde se percibe este alejamiento. A pesar de las rotundas declaraciones, tanto de la Constitución como de la ley provisional revolucionaria de 1793, en contra del reconocimiento de cualquier poder reglamentario, los comités –muy en especial el Comité de salud pública– dictan numerosos actos para hacer posible la ejecución de las leyes.

En el proyecto de Condorcet de Constitución girondina (15 de febrero de 1793), el artículo 6 prohíbe al Consejo ejecutivo –un órgano que aquél concebía como situado entre el cuerpo legislativo y los ciudadanos para supervisar la ejecución de la ley- *modifier, étendre ou interpréter les dispositions des loi et des décrets, sous quelque prétexte que ce soit*. Con ello, se hacen dos matices importantes sobre la situación anterior: uno, se reacciona contra la posible extralimitación del poder reglamentario –bajo el pretexto que sea-; y otro, se deniega implícitamente al ejecutivo la facultad de proclamación de las leyes.

Por su parte, el artículo 65 de la Constitución montañesa de 24 de junio de 1793 retendría el mismo sentido, al decir que el Consejo ejecutivo “está encargado de la dirección y la supervisión de la administración general y no puede actuar salvo en cumplimiento de las leyes y decretos del cuerpo legislativo”.

Suspendida la Constitución (10 de octubre de 1793)<sup>47</sup>, la “Constitución revolucionaria provisional” (AULARD) en que consistió el Decreto de 4 de diciembre de 1793, sobre el modo de gobierno provisional y revolucionario, fijó por vez primera un sistema completo y centralizado de expedición de las leyes, separando así la publicación y promulgación de aquéllas –con la creación incluso de un “Boletín de las leyes” dirigido a esta misión, según la idea de Billaud-Varenne- de la noción de ejecución de la ley.

---

<sup>47</sup> Si bien la aplicación de las instituciones revolucionarias que determina este período ha de fijarse más bien el 10 de agosto de 1792, fecha de la suspensión de las funciones regias de Luis XVI.

Es en el ámbito de las primeras donde se comprende la prohibición impuesta a todo funcionario o autoridad de hacer la proclamación de las leyes ("queda expresamente prohibido a toda autoridad y funcionario público hacer proclamaciones o adoptar decisiones [*de faire des proclamations ou de prendre arrêts*] extensivas, limitativas o contrarias al sentido literal de la ley, con pretexto de su interpretación o alegación": artículo 11). En cambio, los artículos 7 y 8 del citado Decreto regulan con alguna amplitud la aplicación de las leyes, confiando a los Departamentos la misión de aplicar todas las leyes distintas de las revolucionarias y a los Municipios y a los "comités de supervisión o revolucionarios" la aplicación de las leyes revolucionarias y de las medidas de seguridad general y de salud pública.

Puede decirse por ello que se da en este período el "descubrimiento" de la ejecución de la ley (VERPEAUX). Los revolucionarios constatan un fenómeno capital, por más que hoy pueda parecer obvio: la existencia de una asamblea que todo lo puede, como la Convención en 1793, no es más que una quimera si sus decisiones no son aplicables; la ejecución de la ley se estima aún más importante que la ley misma.

De modo paralelo al período anterior, la facultad de adoptar medidas ejecutivas se reparte entre los actos de la propia Convención relativos a la ejecución de la ley<sup>48</sup> y los actos del poder ejecutivo propiamente dicho. Por lo que hace a éstos, junto a los actos paradigmáticos de los titulares de tal poder (*instructions du Conseil exécutif, instructions des ministres*), se encuentran en gran número los *arrêtes* del Comité de Salud Pública, una buena parte de los cuales están dotados de carácter general y son emitidos en ejecución de la ley. A su vez, dentro de estos *arrêtes réglementaires* existe una gran diversidad, que es posible clasificar en dos grandes tipos: aquéllos que reglamentan una institución y los que adoptan medidas de orden interior.

En definitiva, es posible concluir que todos estos actos reglamentarios del Comité (que no quedan bajo el control de la Convención), si bien no derivan de una autoridad perteneciente al

---

<sup>48</sup> Se habla en este período de "omnipotencia" de la asamblea para expresar la unión en la Convención de poderes constituyentes, legislativos, ejecutivos e incluso judiciales (cf. M. VERPEAUX, cit., p. 215).

poder ejecutivo, son emitidos por un órgano que ejerce una clara función ejecutiva. La culminación de esta tendencia –poder reglamentario ejercido por el ejecutivo- se dará con el Directorio.

### 3. La afirmación del poder reglamentario bajo el Directorio (1795-1799)

De nuevo en esta etapa la realidad fue más allá de los datos constitucionales, si bien éstos se han solido presentar por la doctrina como portadores de una auténtica novedad.

Así, autores como BARTHÉLEMY o MOREAU ven en el artículo 144 de la Constitución de 22 de agosto de 1795 la primera manifestación de poder reglamentario en una Constitución francesa<sup>49</sup>. También entre nosotros SANTAMARÍA ha destacado las sutiles aunque importantes diferencias de este precepto en comparación con sus precedentes. En efecto, el artículo 144 de la Constitución directorial reza así: “El Directorio provee a la seguridad exterior e interior de la República, de acuerdo con las leyes. Puede hacer proclamaciones conforme a las leyes y para su ejecución”.

El último autor citado resalta dos divergencias con anteriores textos constitucionales. La primera, que se renueva la potestad de hacer *proclamations* –contra su explícita exclusión durante la etapa convencional. La segunda, que se sustituye el que las proclamaciones hayan de dictarse para ordenar o recordar la obligatoriedad de las leyes por un equívoco “para su ejecución”.

Esta última diferencia, tomada sólo en sentido formal, no significaría cambio alguno respecto al artículo 6 de la Constitución de 1791, que como se vio incluyó también a última hora el término *exécution* en lugar del primitivo *observation* del proyecto constitucional. Sin embargo, el sentido de una y otra expresión, y el desarrollo en la práctica, difieren notablemente entre 1791 y 1795-1799 y de ahí que sea preciso examinar el entero contexto constitucional y la práctica de esta etapa para concluir que existe aquí un germen de poder reglamentario del ejecutivo *stricto sensu*. En esta línea, se ha señalado –quizá de modo demasiado tajante- que en el solo texto del último inciso del artículo 144 (*il [le directoire] peut*

---

<sup>49</sup> El primero dirá que el Directorio admite ya, al menos en germen, el poder reglamentario (cfr. J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, cit., p. 544). Por su parte, MOREAU señala que bajo la Constitución del año III la reacción se anuncia discretamente, ya que el Directorio no se encuentra limitado por las solemnes prohibiciones anteriormente en uso (F. MOREAU, *Le règlement administratif*, cit., p. 76).

*faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution*) no hay ninguna nota que permita suponer que, a los ojos de los constituyentes, no se trataba de una fórmula idéntica a la empleada en el año 1791, salvo que esta última se inscribía en un contexto de prohibición de hacer las leyes.

Ahora bien, se hace necesaria, como se ha dicho, una interpretación sistemática y de la realidad constitucional. Ante todo, en el conjunto del texto de la Constitución de 1795 se trata de plasmar de forma clara e inequívoca la doctrina de la separación de poderes y, en particular, de reforzar al poder ejecutivo en la figura del Directorio. El poder legislativo se encomienda a dos cámaras (Consejo de los ancianos y Cámara de los quinientos) y el poder ejecutivo a un Directorio de cinco miembros (artículo 132). Aun cuando existe todavía una cierta tarea de ejecución encomendada al legislativo (leyes interpretativas, complementarias y aquéllas que contienen una instrucción), el órgano encargado de la ejecución de la ley por excelencia es el Directorio, hasta el punto de que se intenta hacer de éste, en palabras de Sieyès, un *législateur d'exécution*.

Esta ejecución no se plasma, con todo, en la concesión de un poder reglamentario al Directorio en el texto mismo de la Constitución. No puede verse dicha potestad, según VERPEAUX, ni en la facultad de adoptar órdenes (*ordres*) para la supervisión de la recaudación de tributos, ni en los preceptos que tratan de los *arrêts du Directoire* –que como veremos se llevaron mucho más lejos en la práctica de lo que autorizaba el texto constitucional- ni, en fin, en el artículo 144 relativo a las *proclamations*, que no permite una lectura tal que una el sentido de los dos primeros incisos (esto es, que autorice al Directorio a dictar proclamaciones *pour la sûreté de la République*).

Fueron pues, en este período, las leyes las que otorgaron en ocasiones al Directorio la facultad de adoptar ciertas medidas de ejecución concreta de aquéllas; y, en ocasiones, el propio Directorio el que emanó *arrêts* de claro carácter reglamentario aun sin contar con habilitación legal para ello.

Así, la lenta aparición del poder reglamentario que se dio en la etapa anterior, puede decirse que cristaliza ya en los cuatro años de gobierno directorial, si bien sigue siendo una potestad ejercida “fuera de los esquemas previstos por los textos legales: el Directorio dicta

de algún modo actos reglamentarios sin saberlo", como dice gráficamente VERPEAUX<sup>50</sup>.

Por lo demás, la emisión de actos reglamentarios por el ejecutivo es clara bajo la Constitución de 1795, tanto en su cualidad (se trata de disposiciones generales, abstractas e impersonales, que no están sólo destinadas a interpretar una legislación anterior sino que contienen medidas nuevas, susceptibles de ser directamente aplicadas a los ciudadanos) como en su número: "No sería cuestión de estudiar, ni siquiera de citar, todos los *arrêts* que tienen carácter reglamentario: su mera enumeración resultaría tediosa. Son ya en cantidad suficiente para justificar el nacimiento de un poder reglamentario"<sup>51</sup>.

A su vez, pueden diferenciarse tres grandes clases de *arrêts* reglamentarios:

- Los *arrêts* de policía, entendida esta expresión en el sentido del artículo 356 de la Constitución, como supervisión de ciertas profesiones y trabajos en cuanto afectan a las costumbres públicas, a la seguridad y a la salud de los ciudadanos. Así, el *arrêt* de 14 de febrero de 1796 sobre policía de espectáculos; el de 13 de julio de 1798 sobre policía de lugares entre la aduana y la frontera; el de 16 de julio de ese mismo año concerniente a la policía sobre el derecho de pesca, etcétera. Otros muchos actos reglamentarios son clasificables en esta categoría, aunque la expresión *arrêt de police* no aparezca en su título: en especial, los *arrêts* sobre mantenimiento del orden en tiempo de guerra, frecuentemente ligado a medidas comerciales (p. ej. el de 10 de diciembre de 1796 ordenando la distinción de los comerciantes nacionales por un signo distintivo de sus fábricas); o bien los relativos a una intervención en nombre del orden público en sentido amplio: prohibición de caza en terrenos demaniales (19 de octubre de 1796), operaciones de represión del contrabando o de salvamento marítimo (28 de diciembre de 1797 y 14 de

---

<sup>50</sup> Cf. M. VERPEAUX, cit., pp. 356-357.

<sup>51</sup> *Ibidem*.



agosto de 1799, respectivamente) o incluso la fijación del calendario republicano (3 de abril de 1798).

- En segundo lugar, los *arrêts d'organisation*. Dentro de los cuales, cabe incluir: a) los referentes a las relaciones entre autoridades administrativas (vg. entre comisarios del Gobierno y Ministro del Interior [*arrêté* de 8 de febrero de 1796] o entre dichos comisarios y las restantes administraciones y tribunales [24 de noviembre de dicho año]); b) los que organizan el funcionamiento de una administración o de una actividad administrativa (el *arrêté* sobre el trabajo en las oficinas públicas y la retribución de los empleados de 26 de septiembre de 1798) o regulan el gasto público de alguna de ellas (*arrêté* de 14 de noviembre de 1795); y c) en fin, los dedicados al Ejército o a la guerra (entre otros, el de 29 de septiembre de 1797 sobre reorganización de las tropas en las colonias).

- Por último, un abigarrado grupo de otras disposiciones reglamentarias, referentes a las más variadas actividades sociales, que con alguna imprecisión podrían llamarse de "servicio público". Así, en materia postal (*arrêté* de 18 de octubre de 1797 ordenando la supresión de las franquicias postales), educativa (*arrêté* de 5 de febrero de 1798 sobre la supervisión de escuelas particulares, internados y pensionados) o incluso de control de actividades privadas (el de 23 de diciembre de 1797 sobre control de las actividades industriales).

De todos estos actos reglamentarios resulta predicable, en primer lugar, que son dictados en ejecución de la ley, bien de leyes anteriores al Directorio o bien de leyes emanadas por éste. En algunos casos, la ley que vienen a ejecutar se anuncia en el propio título del *arrêté* (si bien es excepcional: el de 25 de noviembre de 1798, sobre medidas para asegurar la ejecución de la ley de 28 de vendimiario del año VII, relativa al pago de rentas y pensiones) o en su exposición de motivos. En tal tarea ejecutiva, algunos *arrêts* van más allá de lo dispuesto en la ley (*extra legem*) e incluso en algunos pocos casos cabe apreciar una contradicción con aquélla (VERPEAUX cita como ejemplo de *arrêté contra legem* el de 25 de febrero de

1797 –en realidad una proclamación para ejecución de la ley-, que prohíbe a los emigrados participar en las asambleas primarias, en contra de lo dispuesto por Ley de 18 de agosto de 1795).

Además, en varias ocasiones estos *arrêts* son calificados expresamente de *réglements*, con el sentido que este término adquiere en el lenguaje jurídico moderno, bien en la propia ley que vienen a desarrollar o en el texto de otras leyes.

En definitiva, bajo el Directorio se consagra ya –aun sin explícito apoyo constitucional y sin su denominación formal– la noción de reglamento como regla jurídica general dictada por el Ejecutivo, caracterizada no sólo por establecer con detalle cierta reglamentación, sino por ser dictada propiamente en ejecución de la ley.

\* \* \* \* \*

Como conclusión de este largo período, puede decirse que la etapa napoleónica, que significa el nacimiento formal de la potestad reglamentaria, constituye más un punto de llegada que de partida o, como dice VERPEAUX resumiendo su tesis principal, que en tal fase se sistematiza una práctica ya existente bajo el Directorio y preparada por el régimen de la Convención, sobre la base de una nueva organización de los poderes públicos.

En un plano aún más general, Michel FROMONT compendia de modo excelente, a nuestro juicio, las dos notas que esta evolución pone de relieve sobre la noción misma de reglamento. Una, que el nacimiento del poder reglamentario es una de las etapas del proceso de jerarquización interna del Derecho escrito que se desarrolla aún en nuestros días. Comenzada en los tiempos modernos con la superación de la costumbre y la recuperación de un poder legislativo –conocido desde Roma-; pronto se ve desbordada en el Estado contemporáneo que tiene necesidad del reglamento; proceso de jerarquización que afecta después a la estructura interna de las varias fuentes del Derecho según los sistemas constitucionales modernos: reglas sustraídas al poder constituyente (cláusulas de intangibilidad) y aquéllas que no lo están; leyes orgánicas y ordinarias; y en fin complejidad creciente de la jerarquización entre las propias normas reglamentarias... Todo ello afectado por la irrupción de las reglas internacionales y su superioridad sobre las leyes internas.

Esta breve ojeada histórica ilustra también, en segundo y último lugar, el carácter poliédrico de la potestad reglamentaria y la multiplicidad de funciones que aquélla viene a cumplir (medida de policía, acto orgánico, complemento de la ley, acto de legislación delegada), algo que en el vigente Derecho francés –dice FROMONT– sería fácil de demostrar y que sobrepasa ampliamente el marco del artículo 38 de la Constitución de 1958: régimen jurídico específico del reglamento de policía (al amparo de los artículos 36 y 48 del Tratado de la Comunidad Europea), reglamento orgánico que emana de otras autoridades (militares, diplomáticas, Consejo Constitucional), reglamento estrictamente subordinado a la ley, reglamento de legislación delegada sujeto estrictamente a la habilitación, etc.<sup>52</sup>.

## II. El reglamento en la etapa napoleónica

Este período histórico (1799-1875) se presenta como el del nacimiento de la potestad reglamentaria *stricto sensu*, esto es la que tiene como producto formal el reglamento y cuya titularidad se concede de modo general al Ejecutivo (Gobierno, Cónsul, Emperador) o a otras autoridades.

Ante todo, el artículo 44 de la Constitución de 1799 establece que “el Gobierno propone la ley y hace los reglamentos necesarios para asegurar su ejecución”. En otros preceptos, artículos 47 y 48, se confiere “al primer cónsul un poder reglamentario autónomo (esto es, no condicionado a la ejecución de leyes previas) en materia de policía general y para la organización de la guardia nacional”, explica Santamaría<sup>53</sup>. Por otra parte, el artículo 52 se refiere a la facultad de dictar “reglamentos de administración pública” en las materias habilitadas por el legislador. Si bien no es claro el contenido de esta

---

<sup>52</sup> Michel FROMONT, “Préface” a la obra de M. VERPEAUX, cit., pp. V-VIII.

<sup>53</sup> *Fundamentos...*, cit., p. 698. Respecto al artículo 47 (*Le gouvernement pourvoit à la sûreté intérieure et à la défense extérieure de l'Etat*), VERPEAUX lo entiende como separado del artículo 44 relativo a la misión de ejecutar las leyes, al igual que concebía desconectadas ambas funciones bajo la Constitución directorial [cf. *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799)*, cit., p. 409]. Por lo que hace al artículo 48, es clara la atribución de facultad de dictar reglamentos autónomos en lo relativo a la guardia nacional en actividad, esto es ejércitos de tierra y de mar. Durand, por su parte, considera que no es verosímil pensar que la emisión de este tipo de reglamento se ciñe a los previstos por el artículo 48, sino que las necesidades prácticas imponen una extensión de esta figura (cfr. Ch. DURAND, « Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l'an IV à 1814 », en *Etudes sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental*, Marsella, 1976, p. 38).

noción, al menos sí que lo es una nota formal: son elaborados por el Consejo de Estado.

El sistema de producción normativa mediante normas reglamentarias se pone pues definitivamente en marcha en este período, aunque todavía no con la precisión con que se derivaría de los textos constitucionales. Incluso en esta etapa Verpeaux advierte la existencia de *le même écart (...) entre la théorie constitutionnelle et la pratique*, en el sentido de que las normas emanadas por el Ejecutivo no llevan, a pesar de la claridad del artículo 44, el nombre de *règlements*, sino de *arrêtes* bajo el Consulado y después de *décrets* en la época del Imperio. También rebaja este autor la trascendencia del célebre discurso preliminar de Portalis al Código Civil: "Las leyes propiamente dichas difieren de los reglamentos. Corresponde a las leyes plantear en cada materia las reglas fundamentales y determinar las formas esenciales. Los detalles de ejecución, las precauciones provisionales o accidentales, los objetos instantáneos o variables; en una palabra, todas las cosas que reclaman más bien la vigilancia de la autoridad que administra que la intervención del poder que instituye o crea, corresponden al reglamento. Los reglamentos son actos de magistratura y las leyes actos de soberanía"<sup>54</sup>.

Sea como fuere, se consolida bajo la Constitución napoleónica la existencia de una potestad reglamentaria. Las razones de fondo de este proceso han sido descritas en términos bien conocidos:

"La eliminación de la potestad reglamentaria tenía sentido en los momentos iniciales del proceso, cuando dicha potestad hubiera correspondido a un Rey y a una Corte abiertamente opuestos al proyecto revolucionario; extinguida la monarquía, destruido casi por completo el poder de la nobleza y controlado todo el aparato político por la burguesía triunfante, la transformación completa del sistema económico y jurídico

---

<sup>54</sup> Para VERPEAUX, algunos elementos invitan a una interpretación "prudente" –es decir, sin deducir de ella la concepción de una potestad reglamentaria acabada formalmente– del discurso: en primer lugar, los *objets variables* y las *précautions provisoires* eran entendidos ya en etapas anteriores como materia de actos distintos a la ley, sin que tuviesen por ello dichos actos alcance de reglas generales; en segundo lugar, esta idea se refuerza si se advierte que Portalis contrapone la facultad de emisión de reglamentos a la de la autoridad que instituye o crea (como si aquella no tuviera pues naturaleza normativa); en fin, la oposición entre *actes de souveraineté* y *actes de magistrature* es una referencia implícita a Rousseau, sin que de estos últimos quepa predicar que son actos creadores de reglas en la filosofía revolucionaria (cf. *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799)*, cit., pp. 410-411).

exigía un Ejecutivo inequívocamente fuerte, respecto al cual carecían de justificación las cortapisas diseñadas por el último de los Capetos. La solución de síntesis entre el respeto a los principios revolucionarios y los requerimientos de la nueva realidad estatal es la ya descrita: primacía soberana de las leyes, y reconocimiento a favor del Gobierno de una potestad normativa subordinada, limitada a la ejecución de aquéllas. Un compromiso tan equilibrado en la superficie como inestable en el fondo: producido el reemplazo de las clases dominantes, la infraestructura estatal y sus tendencias profundas continuaban intactas, con una nítida inclinación a ir reconstruyendo, poco a poco, los rasgos básicos del sistema normativo del absolutismo: esto es, al crecimiento cuantitativo y cualitativo de la potestad reglamentaria a costa de la recién estrenada supremacía de la ley”<sup>55</sup>.

Por último, las ulteriores modificaciones constitucionales, en el tiempo del Consulado y del Imperio (1802 y 1804), “sirven poco – dice MUÑOZ MACHADO– para ilustrar acerca de la evolución de la potestad reglamentaria, porque realmente supusieron una quiebra de los principios democráticos sobre los que se había asentado la Revolución”<sup>56</sup>.

### **III. El poder reglamentario en la Restauración**

La Restauración consolidó la potestad reglamentaria e incluso trató de extenderla. El crecimiento de aquélla tuvo lugar una vez más “de forma extraordinariamente sigilosa, en el puro terreno de los hechos”, actitud de los textos constitucionales, que se limitaron a repetir viejas fórmulas referentes a las relaciones ley-reglamento, “que no sabríamos si imputar a la rutina o a la ceguera consciente”<sup>57</sup>.

De este modo, el artículo 14 de la Carta otorgada de 4 de junio de 1814 dispone que “el Rey hace los reglamentos y las ordenanzas para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado”. De crucial importancia en esta etapa es el peso del principio monárquico, que

---

<sup>55</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 698-699.

<sup>56</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., t. II, p. 868.

<sup>57</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 706.

tendría la capacidad de producir su propia norma, la ordenanza o reglamento; junto a la ley como emanación típica del principio democrático. De hecho, junto a la aparición en estos años del programa del parlamentarismo cuyos heraldos serán Chateaubriand y Constant, el mal entendimiento de la relación entre ambas fuentes llevará al intento del Príncipe de Polignac de aprobar, el 25 de julio de 1830, las célebres cuatro ordenanzas que suspendían la libertad de prensa, disolvían las Cámaras, modificaban la ley electoral y convocaban nuevas elecciones.

Esta pretendida rectificación de casi toda la obra legislativa de la Asamblea desembocó, como es bien sabido, en la Revolución de julio de 1830, que terminaría con la abdicación de Carlos X y el establecimiento de la dinastía de los Orleáns.

La Constitución orleanista de 14 de agosto de 1830, imbuida del típico compromiso doctrinario que suele resumirse en la frase de Thiers ("el Rey reina pero no gobierna"), en un intento de evitar hechos de estas características, señalará en su artículo 13 que "el Rey hace los reglamentos y las ordenanzas para la ejecución de las leyes, sin poder jamás ni suspenderlas ni dispensar de su ejecución".

De esta etapa histórica cabe retener pues una serie de notas de trascendental importancia que GARCÍA DE ENTERRÍA ha resumido en tres caracteres de la relación entre ley y reglamento<sup>58</sup>:

- En primer lugar, la distinta fuente de legitimidad de una y otra fuente (principio democrático y principio monárquico), como antes se apuntó.
- En segundo lugar, su diferente valor respectivo consagrado en la idea de la supremacía de la ley.
- Por último, "en cuanto a los ámbitos de aplicación de una y otra norma, la Ley se aplicaría de manera preferente a las relaciones interprivadas, en tanto que el Reglamento tendría su campo más específico en las materias de Gobierno y Administración como organización regia (...) De este modo, quedaba claro que el Reglamento era una fuente autónoma e independiente de producción, no necesitada de habilitación parlamentaria".

---

<sup>58</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., t. I, pp. 175-176.

La conclusión que en este momento extrae el citado autor es que "el origen francés de esta fórmula en la restauración y su vivencia en las Monarquías continentales del siglo XIX ha consolidado un 'sistema francés' en la materia, según el cual el ejecutivo dispone de un poder reglamentario general, no necesitado de habilitaciones legales específicas (aunque, naturalmente, sin que ello implique una competencia normativa universal, cuestión que habremos de tratar)", todo ello en contraposición al "sistema anglosajón" de delegaciones legislativas específicas.

#### **IV. La polémica sobre las relaciones ley-reglamento durante la tercera República**

Las azarosas experiencias históricas del comienzo de la segunda mitad del siglo XIX francés apenas supusieron novedad en este estado de cosas. Como explicara GARCÍA PELAYO, el desarrollo del capitalismo francés había dado lugar a la formación de una clase obrera en las grandes ciudades y de una nueva clase media que hicieron acto de presencia en la Revolución de 1848 y cuyo sistema ideológico puso su sello en la Constitución de dicho año<sup>59</sup>.

Desde el punto de vista de las relaciones ley-reglamento, continúa la repetición de la teórica supremacía de la ley. El artículo 20 de la Constitución de 4 de noviembre de 1848 dispone que: "El pueblo francés delega el poder legislativo a una Asamblea única" y por su parte el artículo 49.2 establece: "El Presidente de la república supervisa y asegura la ejecución de las leyes". La concepción constitucional que late en estos preceptos se basa, a decir de Gallego Anabitarte, en una idea puramente formal de la ley: "uno diría que la Constitución de 1848 estaba hecha por Kant: se daba la ley y había que ejecutarla en acto de subsunción"<sup>60</sup>.

Las constituciones del segundo Imperio (Constitución todavía republicana de 14 de enero de 1852, Senadoconsultos de 7 de noviembre de 1852, 8 de septiembre de 1869 y 21 de marzo de

---

<sup>59</sup> Cf. M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1959, citado según la edición de las *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, t. I, pp. 601 y 616.

<sup>60</sup> A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, Madrid, 1972, p. 256.

1870) nada aportan en este período, en el que a la reorganización de las fuerzas sociales tras la revolución sucede una paulatina liberalización del régimen imperial.

Se llega así a la Constitución de la III República –en rigor, una serie de leyes fundamentales protegidas por la rigidez de su reforma, según precisa GARCÍA PELAYO- de 24 y 25 de febrero y 16 de julio de 1875. Explica este mismo autor, en apretada síntesis, que: “En 1870, las clases dirigentes están bajo dos duras experiencias: la de la Comuna y la de un *Imperator* en la Jefatura del Estado, *Imperator* que llevó al país a desgraciadas aventuras. Ante esta situación piensan en un rey burgués, que no encuentran, y entonces surge por casualidad y de mala gana una constitución republicana tímida y conservadora, pero que, a pesar de todo, se afirma, gracias a que la estructura social que la sustenta ha alcanzado por su parte una mayor cristalización y estabilidad”<sup>61</sup>.

Es en este período de estabilidad constitucional cuando se va a producir el intenso debate doctrinal acerca de las relaciones entre ley y reglamento. Un debate que se nutre además de las construcciones de la doctrina alemana: “Influidos por las reflexiones y teorías (...) de los profesores alemanes, los franceses empezaron a estar descontentos con su concepto de ley formal, que por un lado todo lo podía y por otro no tenía materia concreta, y un concepto de Gobierno como mero ‘ejecutor de las leyes’”<sup>62</sup>.

A pesar de que el tenor de la Constitución sigue siendo esencialmente el mismo (el artículo 3 de la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875 establece: “El Presidente de la República ostenta la iniciativa de la ley conjuntamente con los miembros de las dos Cámaras; supervisa y asegura su ejecución”), la discusión doctrinal sobre el alcance de una y otra fuente se produce con toda intensidad y, “aunque intervienen en el debate todos los grandes publicistas

---

<sup>61</sup> M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 601. La descripción de esta constitución como conjunto de leyes fundamentales rígidas y de sus líneas esenciales en pp. 619 ss.

<sup>62</sup> A. GALLEGU ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, cit., p. 257. Autor que describe expresivamente, al tiempo que comparte, el entusiasmo que suscitaba la doctrina alemana de la época: “Los alemanes son los creadores del Derecho público moderno. Gerber había marcado de forma histórica el enfoque jurídico y científico del Derecho público y del Estado, dejando de la lado las observaciones políticas, filosóficas, sociológicas y demás, que caracterizaban a los Gneist, Mohl, Stein, Gierke y muchos más, y Laband había puesto realmente los fundamentos de la dogmática iuspublicista que ha sido la que ha posibilitado una seria jurisdicción contencioso administrativa y constitucional, base de la legalidad de la Administración y de la constitucionalidad del legislador” (pp. 256-257).



franceses de principios del siglo XX, las tesis más expresivas son las que exponen, Duguit, de una parte, y Carré de Malberg, de otra<sup>63</sup>.

De un lado, para Duguit es claro que, sea cual fuere la tradición francesa a partir de la Revolución, en la práctica puede constatarse que existen dos clases de leyes, unas de carácter formal, emanadas por el legislativo; otras que también crean derecho objetivo, que tienen carácter general, y que son sin embargo aprobadas por el Ejecutivo. La tesis se apoya en las concepciones alemanas de la ley material y se enuncia con toda claridad: "El Jefe del Estado hace hoy no solamente reglamentos que se refieren a verdaderas leyes anteriores, sino muchos reglamentos autónomos que no están vinculados a ninguna ley estricta, y cuya validez, sin embargo, nadie trata de discutir".

También Hauriou llega a esa misma conclusión, la existencia de un poder reglamentario *praeter legem* y autónomo. Es en cuanto al ámbito de ese poder reglamentario autónomo donde pueden advertirse matices, según GALLEGO. Así, la Escuela de Burdeos (Duguit, Jéze, Esmein) sigue las doctrinas alemanas (Meyer, Seligman) que ven lo propio del reglamento en la regulación de acto o asunto particular, en tanto que corresponde a la ley lo general y abstracto. Por su parte, Hauriou, Cahen, Moreau entienden que queda materialmente reservado a la ley lo que afecta a los derechos de los individuos y por tanto corresponde al reglamento la regulación de las reglas de policía y organización y funcionamiento de los servicios públicos.

Por el contrario, la opinión que sin éxito defendiera Carré de Malberg trataba de inspirarse con fidelidad en la concepción de la ley que implantó la Constitución de 1875, según la cual la ley, expresión de la voluntad general, correspondía a la exclusiva competencia del legislativo. No es posible reconocer, en este contexto, la potestad de dictar normas *extra legem*.

La relación ley-reglamento se basa por tanto en que, tendiendo el legislador un poder incondicionado e ilimitado materialmente, puede "habilitar" (autorizar) al Ejecutivo para que dicte normas de

---

<sup>63</sup> Así dice MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, cit., cuya exposición seguimos esencialmente (pp. 869 ss.); si bien completada con las precisiones que a la teoría de Duguit hacen esos otros grandes publicistas franceses de comienzos del XX, que son Hauriou, Cahen, Moreau (para lo que nos basamos en GALLEGO, *Ley y Reglamento...*, cit., pp. 256-260).

categoría inferior a la ley. La precisión que Carré trata de introducir, pues, en el "sistema francés" relativo a la potestad reglamentaria es tan sencilla como capital: "La Administración ejecuta porque toda actividad suya necesita estar condicionada por una ley (este era su famoso 'Estado legal'). Y para ello encontró el concepto jurídico apropiado: la ley no delega, no, la ley habilita a la Administración"<sup>64</sup>.

Finalmente, el ámbito al que podrán referirse estos reglamentos será el determinado por la ley. Nunca tendrán aquéllos la fuerza de la ley, pero Carré acepta que las regulaciones que contengan sean prácticamente ilimitadas, pues nada impide en el sistema constitucional de la III República que la ley habilite al Reglamento para abordar cualquier materia<sup>65</sup>. En este sentido, todavía en 1931 cuando, "ya bastante solo" (GALLEGO), Carré se esforzaba en sostener su construcción del sistema de fuentes, escribía: "En definitiva, del silencio guardado por la Constitución de 1875 sobre el ámbito de la ley y el reglamento resulta que depende del Parlamento determinar, mediante leyes de habilitación, cuáles son las materias susceptibles de tratarse por la vía reglamentaria, bien por su importancia o por el alcance de las medidas que, sobre cada una de tales materias, puedan ser adoptadas por los decretos presidenciales (...) El Parlamento, habiendo recibido a este respecto carta blanca de la Constitución, no está limitado en sus habilitaciones más que por consideraciones de oportunidad política; no puede ser detenido por obstáculos jurídicos, manteniéndose en estos límites de orden material"<sup>66</sup>.

En cualquier caso, la práctica en primer lugar y el Consejo de Estado después reconocieron ampliamente la existencia de un poder reglamentario autónomo, aunque específico (no una competencia reglamentaria general e indeterminada), en materia de policía

---

<sup>64</sup> A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento...*, cit., p. 260.

<sup>65</sup> Y esta es justamente otra nota característica de su noción de "Estado legal", como destaca con precisión MUÑOZ MACHADO: "A la postre, ya hemos expuesto en otros lugares la idea de Carré de que, no existiendo un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, en el marco del que él mismo llamó 'Estado legal', sería imposible evitar que el legislador atribuyese la ordenación de cualquier materia al ejecutivo" (*Tratado...*, cit., p. 870).

<sup>66</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, París, Sirey, 1931, p. 86 ss (citado según *La loi et le règlement: articles 34, 37 et 38 de la constitution de 1958*, « Documents réunis et commentés par Pierre de le Mire », París, La documentation Française, 1994, p. 3).

general y de organización y funcionamiento de los servicios públicos<sup>67</sup>.

En efecto, el caso más conocido fue el de los reglamentos de policía, que establecían notorias y graves limitaciones a las libertades públicas<sup>68</sup>. Con algunos precedentes en decretos imperiales (Decreto de 15 de octubre de 1810, sobre establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres), su generalización se produce en la III República y comienza en el nivel local. Sobre la base de las funciones que se consideraban propias del poder municipal (artículo 50 de la Ley municipal de 14 de diciembre de 1789: *les fonctions propres au pouvoir municipal sont... de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police*), se entendía que los alcaldes estaban habilitados para adoptar las medidas limitativas que fueran precisas para asegurar la tranquilidad, la seguridad y la salubridad de los vecinos. La ley municipal de 5 de abril de 1884 llevó a cabo una extensión de este poder de policía a los prefectos. En los casos en que las necesidades a atender sean idénticas para varios municipios, parece lógico que el prefecto pueda adoptar las correspondientes medidas de policía: lo que el alcalde puede hacer en el término municipal, el prefecto puede hacerlo en el departamento.

La extensión de este poder al nivel nacional suponía ya un solo salto. La ocasión para darlo se produjo a fin de siglo con la necesidad de regular la construcción y circulación de automóviles. El Gobierno, que no deseaba presentar un proyecto de ley al Parlamento, se apoyó en dicho argumento: si el alcalde posee el poder reglamentario de policía en el municipio, y el prefecto en el departamento, es lógico que el Gobierno debe ostentarlo para todo el país. Con tan endeble apoyo lógico-normativo se dictaron los decretos de 10 de marzo de 1899 y 10 de septiembre de 1901, primeras normas sobre la circulación automovilística en Francia. Cuando dichos decretos fueron impugnados ante el Consejo de Estado, refrendó su validez con idénticos argumentos (*arrêt Labonne*, de 8 de agosto de 1919).

---

<sup>67</sup> Como después se verá, resulta preferible hablar en estos casos de reglamentos “independientes”, para diferenciarlos de los reglamentos autónomos en el sentido que éstos tienen en la Constitución de 1958 (artículo 37).

<sup>68</sup> Para la explicación que sigue, cf. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 708-709, quien a su vez toma los datos de la “magistral exposición” de L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. IV (*L'organisation politique de la France*), París, 1924, pp. 689 ss.

Con carácter general, la admisión de una potestad reglamentaria independiente se llevó a cabo por el Consejo de Estado, primero en materia de servicios públicos en los *arrêts Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et tramways*, de 19 de febrero de 1904 y Babin, de 4 de mayo de 1906; y más tarde en los *arrêts Heyriès* de 28 de junio de 1918 y el ya citado *Labonne* de 8 de agosto de 1919. El Jefe de Estado tendría un poder, no habilitado expresamente por la ley ni por la Constitución, para la reglamentación interna de los servicios públicos o para la adopción de medidas necesarias para el mantenimiento del servicio público y la seguridad pública.

En otro orden de cosas, es bien sabido que a partir de 1924, el recurso a los llamados decretos-leyes (o leyes de plenos poderes) caracterizó la vida política de la III República<sup>69</sup>. La complejidad técnica de las medidas a adoptar, su impopularidad o razones de urgencia llevaron a un uso sistemático de aquéllos. El procedimiento, de dudosa constitucionalidad, era sencillo: el Parlamento votaba las llamadas leyes de habilitación, mediante las cuales se autorizaba temporalmente al Gobierno para que, en atención a objetivos cada vez más generales, dictase las medidas normativas oportunas<sup>70</sup>.

## V. La Constitución de 1946

Como reacción a la generalización de las leyes de plenos poderes y los excesos de la técnica de delegación, el artículo 13 de la Constitución de 1946 establece enfáticamente: *L'Assemblée Nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit.*

Con todo, se ensayaron en etapa algunas fórmulas que, sin tratar de colisionar formalmente con dicho precepto, permitiesen un amplio juego de la potestad reglamentaria del Gobierno.

En primer lugar, la Ley de 17 de agosto de 1948 para la recuperación económica y financiera (ley conocida como *André Marie*)

---

<sup>69</sup> Ofrece un buen resumen de esta etapa y de la relativa a la IV República el trabajo de Amelia PASCUAL MEDRANO, "La ley y el reglamento en el derecho constitucional francés", *Revista de estudios políticos* n° 106 (octubre-diciembre 1999), pp. 179 ss.

<sup>70</sup> Cfr. como ejemplo de esta técnica la Ley de 3 de agosto de 1926, y la reacción doctrinal de Carré de Malberg, ambas recogidas por Pierre LE MIRE en el estudio *La loi et le règlement: articles 34, 37 et 38 de la constitution de 1958, cit.*, pp. 4-5.

introdujo un nuevo concepto: *matières ayant par leur nature un caractère réglementaire*. En tales materias, enumeradas en la propia ley, el reglamento podría intervenir derogando o modificando disposiciones en vigor, incluso cuando tuviesen rango legal<sup>71</sup>. Aunque ello sugiere un paralelismo con el artículo 37 de la Constitución de 1958, cabe apreciar dos claras diferencias: de un lado, es el dominio del reglamento –y no el de la ley, como en la Constitución del 58– el que queda acotado a una serie de supuestos; de otro y sobre todo, es la “determinación de la ley” (G. VEDEL) la que procede a dicho reparto.

Junto a ello, la IV República recurrirá ampliamente a las “leyes-marco” (*lois-cadres*), que se limitan a establecer los principios básicos de la ordenación de la materia regulada, dejando el desarrollo y pormenorización a los reglamentos.

En definitiva, concluye MUÑOZ MACHADO, “durante más de siglo y medio la relación entre la ley y el reglamento en Francia dependerá de las concepciones constitucionales que se vayan sucediendo pero, como se ha visto, nunca se negará en todo el período la existencia del poder reglamentario en manos del ejecutivo, que incluso se concibe como autónomo (en el sentido de que hay materias cuya regulación pertenece naturalmente a esta norma y no a la ley) y, desde luego, como independiente, en cuanto que, si no en términos constitucionales, sí en la práctica, el ejecutivo no precisa siempre y necesariamente de habilitaciones legales para regular algunas materias en defecto de ley”<sup>72</sup>.

## **VI. El sistema de reparto ley-reglamento en la Constitución de la V República**

Como consecuencia de la singular situación política en la que vio la luz la V República, y en la línea de la llamada “racionalización del parlamentarismo”, la Constitución francesa de 4 de octubre de

---

<sup>71</sup> Esta última nota motivó un amplio debate previo a la aprobación de la ley, en el que M. René Capitant sostuvo la inconstitucionalidad del proyecto, toda vez que si se establecía que los decretos podían derogar una ley, eran idénticos a los decretos-leyes previstos durante la III República y que justamente se trataba de desterrar en la Constitución de 1946. Cf. A. PASCUAL MEDRANO, “La ley y el reglamento en el derecho constitucional francés”, cit., p. 185 y un extracto de la intervención de CAPITANT en *La loi et le règlement: articles 34, 37 et 38 de la constitution de 1958*, cit., pp. 5-7.

<sup>72</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, cit., p. 871.

1958 dio un vuelco a toda la "tradición republicana" y europea de las relaciones ley-reglamento y estableció para cada una de estas fuentes del derecho ámbitos propios y separados.

Sobre la novedad, e incluso revolución jurídica, que en un primer momento supuso el sistema diseñado por los constituyentes y las críticas que suscitó se ha escrito por extenso<sup>73</sup>.

La descripción del sistema, tal y como éste se plasma en el texto de la Constitución, pasaría en principio por diferenciar dos bloques de preceptos. De un lado, el artículo 34 de la Constitución (que fija el dominio reservado a la ley) y, lógicamente unido a él, el artículo 21, que regula el poder reglamentario del Primer Ministro para asegurar la ejecución de las leyes. De otro, la reserva reglamentaria del artículo 37, que dejaría en manos de la potestad reglamentaria del Gobierno ciertas materias. Junto a uno y otro grupo de reglas, el artículo 38 establece el concepto de *ordonnances*, normas del Ejecutivo que se dictan mediante una habilitación legal y que, aunque no pierden su condición de normas reglamentarias y pueden ser impugnadas como tales ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pueden sustituir o modificar las leyes, en los términos que el Parlamento autorice.

Sin embargo, este reparto inicial en el texto de la Constitución ha sido objeto de una intensa rectificación por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Consejo Constitucional, que se ha recibido por la doctrina "en términos generalmente complacientes (R. Chapus, Ch. Debbsch, L. Favoreu, Y. Meny, etc.)", dice MUÑOZ MACHADO<sup>74</sup>; y que incluso hace posible hablar de una "costumbre constitucional", que "tiende a retornar al modelo tradicional al considerar la reserva constitucional a favor del reglamento como una opción en manos del Ejecutivo y no como un ámbito objetivamente prohibido a la ley"<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Cfr. A. PASCUAL MEDRANO, cit., p. 188, que recoge con cierto detalle las reacciones adversas de M. R. Capitant, G. Morange y otros, así como la defensa que de la nueva regulación se hizo durante el proceso de elaboración constitucional.

<sup>74</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, cit., p. 899.

<sup>75</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., t. I, p. 176.

Para comprender cómo se ha operado este cambio es preciso analizar por separado la interpretación de los poderes legislativo y reglamentario que ha llevado a cabo la jurisprudencia<sup>76</sup>.

§ De un lado, por lo que hace al poder legislativo, el artículo 34 sigue en principio una concepción material de la ley. "Establece –dice MUÑOZ MACHADO– una reserva material de ley organizada sobre la base de atribuir al legislador la fijación de las 'reglas' sobre derechos cívicos y libertades públicas, nacionalidad, estado, capacidad, regímenes matrimoniales, determinación de delitos y penas, procedimiento penal, tasas e impuestos, nacionalizaciones, etc. (...) El mismo artículo 34 atribuye también al legislador la determinación de los 'principios fundamentales' en otro conjunto de materias, entre las que destaca la defensa nacional, Administración local, enseñanza, propiedad y derechos reales, Derecho laboral, etc." <sup>77</sup>.

Para los primeros comentaristas, ello llevaba a atribuir a la competencia reglamentaria una doble posición: completa subordinación a la ley, allí donde ésta fija las reglas (tradicionales reglamentos ejecutivos); en segundo lugar, desarrollo también de los principios generales, con fijación de todas las reglas no consideradas fundamentales (en este caso, pues, no en función de reglamentos ejecutivos, sino en ejercicio de potestades propias atribuidas por la Constitución). En un tercer estadio, quedaría el reglamento autónomo, al que luego haremos referencia.

Sin embargo, el Consejo Constitucional llevó a cabo bien pronto una lectura unificada de las previsiones del artículo 34, que supuso en la práctica la desaparición de diferencias, en lo que hace al grado de intervención legislativa, entre reglas y principios. Así, desde la Decisión de 27 de noviembre de 1959, nº 59 1-L, sobre la *ordonnance* de 7 de enero de 1959 relativa a la *Régie autonome des Transports parisiens (RATP)*<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Seguimos fundamentalmente el trabajo de A. PASCUAL MEDRANO, cit., p. 192 ss.

<sup>77</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, cit., p. 897. En realidad, el artículo 34 establece tres grupos de materias: en las primeras, la ley *fixe les règles*; en las segundas, *fixe également les règles*; y en las últimas *détermine les principes fondamentaux*. La innecesaria repetición que se da en los dos primeros grupos ha sido objeto de numerosas críticas, que por lo general sitúan el origen de esta defectuosa redacción en el complejo proceso de elaboración del precepto (cfr. A. PASCUAL MEDRANO, cit., p. 193-194.).

<sup>78</sup> Cf. Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1993, citado por Pierre LE MIRE, *La loi et le règlement: articles 34, 37 et 38 de la constitution de 1958*, cit., p. 12-13.

En definitiva, dice PASCUAL MEDRANO, "para el Consejo Constitucional, ya sea en las materias en donde la ley fija las reglas, ya sea en las que ésta determina los principios fundamentales, el poder reglamentario tiene la competencia —reservada y no residual— de dictar las medidas necesarias para la aplicación o ejecución de la ley, esto es, para la «*mise en oeuvre*», mientras que, a *sensu contrario*, el legislador tendría siempre reservadas las grandes líneas o los aspectos determinantes de la materia, esto es la «*mise en cause*» (...) El Consejo Constitucional —lo mismo que el Consejo de Estado— ha realizado pues una lectura unitaria del artículo 34 que, como reconoce la generalidad de la doctrina francesa, ha conducido a borrar cualquier distinción que pudiera deducirse de los diversos párrafos del mencionado precepto"<sup>79</sup>.

Junto a la mencionada tesis de la unidad del poder legislativo, otras dos notas merecen ser aún destacadas de esta evolución jurisprudencial.

En primer término, que la competencia legislativa se extiende en todo caso, sin que pueda ser limitada por el reglamento, allí donde se esté en presencia de una libertad pública (Decisión del Consejo Constitucional de 23 de julio de 1975, nº 75-56 DC) o de un principio general del derecho (decisiones del Consejo Constitucional de 24 de octubre de 1969, nº 69-57 L y de 21 de diciembre de 1972, nº 72-75 L), de modo que "cualquiera que sea la materia, en el momento en que se cuestiona un principio general del derecho, el reglamento debe dejar paso a la ley"<sup>80</sup>.

Y en segundo lugar, y fundamentalmente, que en la jurisprudencia del Consejo Constitucional se ha abandonado de forma definitiva el criterio material de ley y se ha respaldado decididamente la capacidad de esta última de emanar normas sin un ámbito limitado: la ley puede intervenir en el dominio reglamentario. Fue clave en este punto la decisión del Consejo Constitucional de 30 de julio de 1982, nº 82-143 DC (*Loi sur les prix et les revenus*). El supuesto tuvo su origen en la demanda de un grupo de diputados que, sobre la base del artículo 61-2º de la Constitución, sometieron al Consejo Constitucional la Ley de precios y rentas, a la que, entre

---

<sup>79</sup> A. PASCUAL MEDRANO, cit., p. 197.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 205.



otras cosas, censuraban el haber invadido la competencia reglamentaria.

El Consejo Constitucional, partiendo de la existencia de facultades que permiten al Gobierno proteger el dominio reglamentario (artículos 41 y 37-2º de la Constitución, sobre los que después se volverá) y del carácter facultativo de tales potestades gubernamentales, entiende que, sobre la base de los artículos 34 y 37.1, "la Constitución no permite entender viciada de inconstitucionalidad una disposición de naturaleza reglamentaria contenida en una ley, si bien ha querido, junto al ámbito reservado a ésta, reconocer a la autoridad reglamentaria un dominio propio y conferir al Gobierno, a través de la aplicación de los procedimientos específicos de los artículos 37, al. 2 y 41, el poder de asegurar la protección contra los eventuales invasiones de la ley".

A partir de esta decisión queda claro, en primer lugar, que la ley no puede ser tachada de inconstitucional por regular materias de naturaleza reglamentaria o, dicho de otra forma, la ley vuelve a tener un ámbito de actuación ilimitado, puede intervenir legítimamente en cualquier materia y en el grado que estime oportuno; con la contrapartida de las citadas facultades del Gobierno de protección del ámbito reglamentario (*irrecevabilité* y deslegalización). En segundo término, en cambio, el Ejecutivo parece tener cerrada la vía de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 61-2º de la Constitución.

Por último, una cuestión más bien teórica es la de la definición de la ley en Derecho francés. Parece imponerse un criterio puramente formal (la norma aprobada por el Parlamento de acuerdo al procedimiento legislativo), superando el criterio material que se derivaba del texto de la Constitución. Favoreu y Philip han sido tajantes al afirmar que la Decisión de 30 de julio de 1982 *a pour effet de ruiner définitivement la thèse de la définition matérielle de la loi*<sup>81</sup>.

§ Una evolución muy similar ha experimentado la concepción del poder reglamentario en la interpretación de la Constitución de 1958.

El punto de partida es aquí que el reglamento autónomo se presenta como la fuente de derecho común: todo lo que no pertenece

---

<sup>81</sup> L. FAVOREU y L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, cit. p. 533

a la ley, es de competencia reglamentaria. El texto del artículo 37-1º de la Constitución es inequívoco: "Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley".

Paulatinamente la jurisprudencia irá introduciendo matices en la aplicación de esta regla. Ante todo, los reglamentos autónomos de hallan sujetos a los principios generales del Derecho (*arrêt* del Consejo de Estado de 26 de junio de 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*). Los reglamentos autónomos tienen el mismo valor jurídico que el resto de reglamentos y no un valor igual al de la ley.

En un segundo momento, de manera frontal el Consejo Constitucional rechaza la tesis relativa a las dos distintas fuentes de legitimación: la de los reglamentos autónomos en el artículo 37-1º de la Constitución; y la de los reglamentos de ejecución de las leyes en el artículo 21 de dicha norma fundamental. En la Decisión de 2 de diciembre de 1976, nº 94-L, el Consejo Constitucional establece que el poder reglamentario tiene, *en virtud del artículo 37*, la función de dictar las reglas necesarias para la aplicación de las reglas fijadas por el legislador. Esto es, fundamenta también en el artículo 37 los reglamentos de aplicación de las leyes, de lo cual cabe derivar la tesis –paralela a la que antes se vio en el poder legislativo– de la unidad del poder reglamentario. De esta forma, el artículo 37-1º sería el precepto justificante de todo el poder reglamentario –ya sea autónomo o de ejecución de las leyes–, mientras que el artículo 21 tendría únicamente por efecto designar al titular del poder reglamentario general, es decir al Primer Ministro.

Y en tercer lugar, de forma correlativa a la extensión ilimitada del ámbito de la ley, la figura de los reglamentos autónomos ha sido debilitada en gran medida. En la doctrina se ha significado en esta dirección sobre todo Louis FAVOREU, que en 1977 se preguntaba ya sobre la existencia de reglamentos autónomos y diez años más tarde concluía con un rotundo *les règlements autonomes n'existent pas*<sup>82</sup>:

- En primer lugar, aunque tradicionalmente se venía caracterizando al reglamento autónomo como el no

---

<sup>82</sup> Los dos trabajos de L. FAVOREU en esta materia son: "Les règlements autonomes existents-ils?", en *Mélanges offerts à Georges Burdeau*, LGDJ, París, 1977, p. 405-420 y "Les règlements autonomes n'existent pas", *Revue Française de Droit Administratif*, nº 6, 1987, p. 871-884. Seguimos la síntesis de estos artículos que lleva a cabo A. PASCUAL MEDRANO, *cit.*, p. 218.

vinculado a la ley (por no existir ésta en el ámbito de su competencia), la práctica muestra la presencia de la ley, y por tanto la vinculación del reglamento, cualquiera que sea la materia. No tendría sentido seguir distinguiendo por ello, como se ha dicho, poder reglamentario autónomo y otro de ejecución de la ley.

- Además, en las concretas materias en principio reservadas al poder reglamentario (artículo 37-1º), existen diversas intervenciones del legislador: ante todo, hay “islotes” de disposiciones legislativas (esto es, cuestiones conexas a la ley que el reglamento deberá respetar); en segundo lugar, deberá respetarse la existencia de principios generales del derecho, tal y como se reconozcan por el legislador; por último, existen incursiones del legislador toleradas por el Gobierno desconociendo el reparto normativo establecido en la Constitución (en este último punto, a partir de la Decisión del Consejo Constitucional de 30 de julio de 1982, la doctrina habla de una esfera reservada a la ley en cualquier caso y de una esfera *consentida* por el Gobierno).

Incluso, para FAVOREU, ni siquiera en los tradicionales “santuarios” del poder reglamentario –poderes de policía y organización de los servicios públicos— aquél se encontraría a refugio de la ley.

Ahora bien, en este último punto debe aclararse, como hace MUÑOZ MACHADO<sup>83</sup>, que en este caso no se trata propiamente de reglamentos autónomos (los contenidos en principio en el artículo 37 de la Constitución de 1958), sino de los tradicionales reglamentos independientes en esas materias (cfr. *supra* punto IV, al final), que pueden dictarse en defecto de ley, pero que no pueden oponerse a una regulación legal. El Consejo de Estado ha reconocido que estos reglamentos pertenecen de modo natural y tradicional a la Administración y permanecen como una categoría separada de los reglamentos autónomos del artículo 37.

---

<sup>83</sup> MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, cit., p. 898.

- Por último, según la interpretación de esta parte de la doctrina (Favoreu, Lascombe, Luchaire) no cabría seguir defendiendo la existencia y utilidad de los llamados reglamentos autónomos, puesto que, cualquiera que sea la materia, los reglamentos pueden ser siempre confrontados con la ley y, por ende, anulados en caso de que vulneren lo dispuesto en aquélla. Así, el Consejo de Estado ha anulado disposiciones contenidas en reglamentos, dictados en virtud del artículo 37-1º, por desconocer disposiciones contenidas en una ley, sin haber obtenido previamente su deslegalización por el Consejo Constitucional (*arrêts* del Consejo de Estado de 13 de julio de 1962, 27 de febrero de 1970 y 20 de febrero de 1985, entre otros).

Esta última precisión nos lleva, por último, a hacer una breve referencia a las dos llamadas técnicas de defensa o protección del dominio reglamentario por el Gobierno, el cual, como se ha visto, puede hacer dejación de ellas –y en la práctica frecuentemente la hace– dando así lugar a una redistribución del reparto normativo entre ley y reglamento. Tales procedimientos de protección de la competencia reglamentaria –descartado, como se vio, el del artículo 61-2º de la Constitución– son: a) en primer lugar, la facultad prevista en el artículo 41, según la cual el Gobierno, puede, en el transcurso del procedimiento legislativo, oponerse a la tramitación (*peut opposer l'irrecevabilité*) de una proposición de ley o de una enmienda, cuando estime que éstas no pertenecen al ámbito legislativo o son contrarias a una delegación acordada sobre la base del artículo 38, y b) la deslegalización prevista en el artículo 37-2º de la Constitución, en estos términos: “Los textos con forma de ley referentes a dichas materias [las de naturaleza reglamentaria] podrán ser modificados por decreto acordado previo dictamen del Consejo de Estado. Los textos de este carácter que se aprobaran después de la entrada en vigor de la presente Constitución sólo podrán ser modificados por decreto si el Consejo Constitucional hubiera declarado que tienen carácter reglamentario en virtud del apartado anterior”.

\* \* \* \* \*

En conclusión, puede suscribirse lo que la generalidad de la doctrina ha calificado como una vuelta a la tradición europea de las relaciones entre ley y reglamento, y que PASCUAL MEDRANO compendia

con estas palabras: "En definitiva, pese a la novedad que supuso la limitación del ámbito material de la ley y, en consecuencia, el reconocimiento de una esfera de actuación autónoma del poder reglamentario, hay que reconocer que, al día de hoy, contando con la práctica y la jurisprudencia constitucional, la situación no es muy diferente a la de las anteriores Repúblicas: el ámbito reservado a la ley se ha visto así extendido progresivamente en detrimento de la competencia –en un principio considerada de derecho común– del reglamento; el Gobierno ha utilizado escasamente los procedimientos previstos para defender la competencia reglamentaria; la definición material de la ley, ha quedado prácticamente desterrada al desaparecer todo límite constitucional a la intervención de ésta en el dominio reglamentario; y el reparto normativo entre la ley y el reglamento se organiza, en suma, sobre la base tradicional de reservar a la primera la regulación de los aspectos fundamentales y al segundo su ejecución o desarrollo"<sup>84</sup>.

## **VII. La titularidad del poder reglamentario en la actualidad. Las normas de las autoridades administrativas independientes**

La competencia de la ejecución de las leyes, prevista por el artículo 21 de la Constitución, se refiere como se ha visto al Primer Ministro: "El Primer Ministro dirigirá la acción del Gobierno. Será responsable de la defensa nacional. Garantizará la ejecución de las leyes. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 [poder reglamentario del Presidente de la República], ejercerá la potestad reglamentaria y nombrará los cargos civiles y militares. / Podrá delegar algunos de sus poderes en los ministros (...)".

El precepto ha sido interpretado en el sentido de que la facultad normativa del Jefe de Gobierno en Consejo de Ministros le permite dictar los reglamentos que sean precisos para la ejecución de las leyes aun sin contar con una habilitación de la ley que se completa. Esta facultad originaria, derivada directamente de la Constitución, es distinta de la de los ministros, que precisan habilitaciones legales específicas para hacerlo.

---

<sup>84</sup> PASCUAL MEDRANO, "La ley y el reglamento en el derecho constitucional francés", cit., p. 228.

La jurisprudencia y la doctrina se han planteado con alguna extensión si esta competencia puede delegarse en otros sujetos. En línea de principio, la Constitución se opone a que las competencias reglamentarias de carácter general se atribuyan a una autoridad pública diferente al Primer Ministro (Decisión del Consejo Constitucional de 22 de enero de 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, nº 89-269 DC).

Sin embargo, ciertas atribuciones de un poder reglamentario delegado han sido reconocidas a otros sujetos con determinados límites, fundamentalmente a las colectividades locales y, por lo que ahora interesa, a las autoridades administrativas independientes.

Por lo que hace a éstas, desde 1986 el Consejo Constitucional ha entendido que una autoridad administrativa independiente puede disponer del poder reglamentario de aplicación de una ley, "en materias de importancia limitada tanto por su campo de aplicación como por su contenido":

- En una primera etapa, el Consejo Constitucional hizo referencia a la fórmula, menos rigurosa, según la cual: "No existe impedimento para que el legislador confíe a una autoridad del Estado, que no es otra que el Primer Ministro, el fijar, en un ámbito determinado y en un cuadro definido por las leyes y los reglamentos, normas que permitan poner en práctica la aplicación una ley" (Decisión de 18 de septiembre de 1986, nº 86-217 DC, respecto a la *Commission nationale de la communication et des libertés* [CNCL]).

- A partir de la Decisión de 17 de enero de 1989, nº 88-248 DC, *Liberté de communication*, la mencionada facultad de que el legislador confíe la facultad de poner en práctica una ley a autoridades públicas distintas del Primer Ministro se sujeta concretamente "a la condición de que esta habilitación no concierna nada más que a medidas de alcance limitado tanto por el campo de aplicación, como por su contenido" (por referencia al *Conseil supérieur de l'audiovisuel* [CSA]).

- Posteriormente, siguen una línea similar las decisiones de 28 de julio de 1989, *Marché financier*, por lo que hace a la *Commission des opérations de bourse*; de 22 enero de 1990, *Sécurité sociale et santé*; de 3 de agosto de 1993, nº 93-324 DC, sobre el Banco de Francia; de 23 de julio de 1996, nº 96-378 DC, *Réglementation des télécommunications* y de 14 de diciembre de 2006, nº 2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, respecto de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* [CNIL]).

El encaje de estas disposiciones en el sistema de fuentes del ordenamiento francés se ha explicado en la doctrina, a través de las posturas sostenidas fundamentalmente por René CHAPUS y Jean Marie AUBY<sup>85</sup>.

El primero entiende que el artículo 21 de la Constitución contempla únicamente al titular del poder reglamentario general (*l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national*) y no alude a los poderes reglamentarios especializados, entre los que se encuentran los de las citadas autoridades públicas independientes.

Por su parte, AUBY ha sostenido que el citado artículo 21 se refiere exclusivamente al poder reglamentario de estricta ejecución de las leyes, sin afectar por tanto al poder reglamentario en virtud de las leyes, que se diferencia justamente en estar dotado de un cierto margen de iniciativa, es decir, de capacidad reguladora independiente o autónoma.

De cualquier modo, se trata en estos supuestos de que el legislador habilita a poner por obra una ley, y no de delegar su propia competencia legislativa en otras autoridades. Resulta igualmente de la jurisprudencia mencionada que la intervención de estas

---

<sup>85</sup> Cf. R. CHAPUS, *Droit Administratif général*, Paris, Montchrestien, 1991-1992, vol. 1º 6ª ed., pp. 480-481 (§ 696); J. M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, p. 468 ss. En nuestro Derecho se han hecho eco de estos trabajos Luciano PAREJO ALFONSO, "La potestad normativa de las Administraciones independientes; apuntes para el estudio de un fenómeno", en VVAA, *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, p. 635 ss. y Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., t. I, p. 1227.

autoridades no debe condicionar el ejercicio del poder reglamentario por parte del Primer Ministro<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Cf. P. LUPPI, nota a la decisión del CC de 14 de diciembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, n° 2006-544 DC, *AJ* 10 septembre 2007, p. 1645.



## **CAPÍTULO II**

### **REGULACIÓN Y PODER NORMATIVO DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

La aparición de un poder normativo diferente al de la ley discurre en los Estados Unidos por dos cauces que resultan inseparables: la admisión de ciertas quiebras en el estricto principio de separación de poderes y de la atribución del legislativo al Congreso (artículo I.1 de la Constitución); y al mismo tiempo, la necesidad de concebir un poder de “regulación” flexible, decisivo para el desarrollo y consolidación de diversos sectores económicos<sup>87</sup>.

#### **I. Los primeros cien años de la República (1775-1875)**

La experiencia fundacional de los EEUU de América, a raíz de la independencia de las trece colonias inglesas de la costa atlántica, tiene como actas de nacimiento la Declaración de independencia de aquéllas (4 de julio de 1776) y la Constitución federal (de 17 de septiembre de 1787). Como ha escrito GARCÍA PELAYO, esta Constitución nació como resultado de una serie de compromisos bien concretos –federalistas y antifederalistas, Estados grandes y pequeños, libres y esclavistas, democracia e intereses de las clases ricas<sup>88</sup>– que derivaron en una abierta confrontación Norte-Sur y en la guerra civil. La victoria de los Estados del Norte en 1865 afianzó la Unión y determinó que fueron llevadas a la Constitución las enmiendas XIII, XIV y XV, que abolían la esclavitud y otorgaban a todos la ciudadanía y el derecho de voto, respectivamente.

---

<sup>87</sup> El término regulación, con el que se traduce el angloamericano *regulation*, tiene un significado distinto y más amplio que el de potestad normativa. La expresión *regulation* o *regulatory policy* (política pública de regulación) “comprende un haz de técnicas y modalidades de actuación administrativas para la conformación de la actividad económica que es mucho más rico que la mera producción normativa” (MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de América*, Univ. Carlos III-BOE, Madrid, 1995, p. 78). Concretamente, en el desarrollo de su política regulatoria, la actividad administrativa de las agencias puede dividirse en *rulemaking* y *adjudication*: “El primero puede traducirse por ‘poder normativo’, con algunas reservas, y el segundo por el ‘poder de aplicación de las normas’, con más reservas aún” (TORRE DE SILVA, V., “Sobre la independencia de las Agencias Federales en los Estados Unidos de América”, *RAP* 167 [2005], pp. 475-495; la cita en p. 490).

<sup>88</sup> Cf. M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, cit., t. I, pp. 499-501.

Nota fundamental del constitucionalismo norteamericano fue la consagración explícita de una rígida separación de poderes: "todos los poderes legislativos otorgados en la presente Constitución corresponderán a un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes" (artículo I, sección 1); "se deposita el poder ejecutivo en un Presidente de los Estados Unidos" (artículo II, sección 1, 1); "se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo" (artículo II, sección 1, 1).

Como breve apunte sobre las influencias doctrinales en esta concepción de la separación de poderes, cabe notar que "la combinación de las doctrinas de Locke y de Montesquieu está en la base del sistema de gobierno norteamericano"<sup>89</sup>. Diversas Constituciones de las colonias habían recibido ya la idea de la separación de poderes, si bien las fuentes más inmediatas para su formulación en la Constitución federal se encuentran en las "Notas sobre el Estado de Virginia" de Thomas Jefferson (1780-1781) y en las precisiones de Madison y Hamilton en los números 38, 47, 48 y 66 de "El Federalista"<sup>90</sup>. La quiebra más temprana de este principio fue la admisión de un Derecho de creación judicial como el *common law*, si bien nunca suscitó especiales problemas, justamente por las circunstancias en que vio la luz la Revolución americana, que hicieron ver como conveniente, primero, la limitación de los gobernadores de las colonias por el legislativo y después, una vez alcanzada la independencia, la limitación de un legislativo excesivamente radical por el ejecutivo y el judicial<sup>91</sup>.

Por lo que ahora interesa, en la primera centuria constitucional apenas se hizo cuestión de la utilización de poderes normativos –lo

---

<sup>89</sup> Así lo ha destacado J. PUIG BRUTAU en su breve pero sugestivo libro *Los políticos y el conocimiento de la Historia*, Barcelona, 1993, que constituye un excelente resumen de la génesis de la Constitución norteamericana. De él están tomadas las referencias que se hacen a continuación en el texto; la frase citada en p. 87. En particular, se ha resaltado la influencia de Montesquieu. Dice WORSMER que si debiera mencionarse un solo hombre que representara la máxima influencia doctrinal experimentada por la Constitución de los Estados Unidos, el nombre sería el de Montesquieu (WORSMER, R., *The Law*, Nueva York, 1949); e igualmente Hannah Arendt ha señalado "la enorme fascinación ejercida por Montesquieu, cuyo papel en la Revolución americana casi iguala la influencia de Rousseau en el curso de la Revolución francesa" (ARENDT, H., "Constitutio libertatis", en J. P. GREENE [dir.], *The reinterpretation of the American Revolution, 1763-1789*, Nueva York, Evanston y Londres, 1968).

<sup>90</sup> Cf. PUIG BRUTAU, J., cit., pp. 88-89.

<sup>91</sup> Cf. PUIG BRUTAU, J., cit., pp. 50 y 91-92.

que, como se verá, en el sistema norteamericano es tanto como decir “legislativos delegados”- por parte de los Departamentos, limitados por lo general a funciones de fomento del crecimiento económico. La función de regulación se dejaba a la actuación del mercado y a las medidas adoptadas por los Estados. Cass SUNSTEIN ha destacado que ello se debió en gran parte a la concepción de Madison sobre el funcionamiento del Estado federal (*Government*), basada sobre todo en el temor a la apropiación del poder por grupos minoritarios (*factionalism*) y en el deseo de evitar la concentración de poder, tanto horizontalmente en uno de los tres poderes o ramas de la división de poder como verticalmente en la Federación<sup>92</sup>.

La consecuencia de este sistema fue que las funciones de control regulatorio fueron desempeñadas por los tribunales del *common law*, sobre la base de los principios de propiedad, contrato y responsabilidad por daños. Así lo afirma el citado autor<sup>93</sup> e igualmente Breyer y Stewart, quienes lo ponen en directa conexión con la herencia recibida del sistema inglés del *common law*: en su primera etapa, las colonias americanas, explican, siguieron el sistema de remedios judiciales basado en los *writs* (si bien en su moderna reformulación a partir del siglo XVII: *writ of mandamus*, *writ of prohibition* y *writ of certiorari*, entre otros) y en los poderes de *injunction* de los tribunales de equidad del Canciller, para el control de los agentes de la autoridad<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> “El reparto de competencias a favor de la Federación, y entre sus tres ramas, refleja un alto grado de escepticismo acerca de la posibilidad de establecer controles nacionales sobre la regulación. A pesar la variedad de competencias regulatorias otorgadas al Gobierno federal, sus poderes eran tasados más que generales y muchos de ellos fueron de hecho concedidos para hacer posible la libre circulación de mercancías. La *commerce clause* es el ejemplo más importante, la cual se creó no para establecer controles sobre el libre mercado en el plano nacional, sino al contrario para permitir que el Congreso levantase las barreras estatales al libre comercio. De otro lado, y más relevante, el sistema de *checks and balances* constituía por sí un serio obstáculo a la regulación a escala nacional. Tal sistema fue conscientemente justificado como un esfuerzo para permitir que cada poder frenase a los otros en sus intentos de intromisión en las actuaciones privadas de los ciudadanos” (SUNSTEIN. C., *After the rights revolution. Reconceiving the regulatory state*, Harvard University Press, 1990, p. 15). También PUIG BRUTAU ha subrayado la influencia de James Madison en este aspecto. Frente a la opinión de Hamilton, y de otros muchos miembros de la Convención de Filadelfia, favorables a la idea de un gobierno central dotado de fuertes poderes, terminó por imponerse un criterio moderado por influjo de Madison y de John Adams (*Los políticos...*, cit., p. 66).

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>94</sup> “Las colonias americanas heredaron el sistema inglés de *writs* del Common Law y la prerrogativa judicial [*injunctive power*] del Canciller como mecanismos de control de los funcionarios administrativos. Este sistema de acciones judiciales constituyó la base del Derecho administrativo en los tribunales federales y estatales a lo largo de los cien primeros años de la República” (BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little Brown and Company, Boston y Toronto, <sup>3</sup>1992, p. 15).

En el plano de la regulación sustantiva, esto no quiere decir que no existieran ya en esta fase atribuciones normativas (mejor, regulatorias en un sentido amplio que se identificaría más bien con intervención: fijación de tarifas, aprobación de planes, etc.) en el nivel federal. Sunstein destaca las medidas adoptadas por el Departamento del Comercio y del Tesoro encabezado por Hamilton: "Los diversos departamentos del Gabinete –destacadamente, Comercio y Tesoro– llevaron a cabo una amplia gama de funciones regulatorias desde los primeros tiempos del Estado constitucional. El Departamento del Tesoro dirigido por Alexander Hamilton trató de promover el desarrollo industrial, acercándolo de hecho a una limitada forma de planificación a escala nacional; y otros importantes actores de ese período diseñaron las vías para incorporar al Gobierno federal en las tareas de fomento del transporte, del desarrollo agrario y de todo tipo de mejoras internas"<sup>95</sup>.

También BREYER y STEWART han señalado que, "incluso durante los tiempos más activos del *laissez-faire*, el Gobierno federal y los de los Estados desempeñaron un papel fundamental en la economía. Por ejemplo, el primero exigió impuestos (principalmente aranceles, con importantes efectos sobre el comercio exterior, así como impuestos sobre consumos específicos), distribuyó las tierras entre los colonos y las compañías de ferrocarril, concedió patentes, pagó pensiones militares y reguló las relaciones con los nativos americanos, controló la inmigración, legisló sobre navegación marítima y comercio y prestó el servicio de correos. Los gobiernos estatales fueron todavía más activos, promoviendo –a menudo con el apoyo de fondos estatales u otorgando ayudas monopolísticas– la construcción de ferrocarriles, canales, autopistas y otras vías de transporte y controlando los intercambios comerciales mediante acuerdos con las grandes empresas [*hand-tailored corporate charters*]"<sup>96</sup>.

En cualquier caso, la actuación de los departamentos ministeriales como modelo de la actividad administrativa (al estilo del Derecho europeo) no llegó a generalizarse en Estados Unidos como

---

<sup>95</sup> SUNSTEIN. C., *After the rights revolution...*, cit., p. 13.

<sup>96</sup> BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *Administrative Law...*, cit., pp. 15-16. En nota al pie número 13, precisan los citados autores que por *government* entienden aquí la intervención del legislativo o de las autoridades administrativas, aun cuando también los tribunales forman parte en ese sentido del *government* y, como antes se dijo, *common law tort and property rules are a form of government 'intervention' in the economy*.

regla, sino que cedió pronto –como enseguida se verá- al sistema de agencias. Desde luego, la organización en departamentos continuó formando parte, y aún lo hace hoy, de la actividad gubernamental. Pero la técnica de la actuación mediante comisiones independientes se consolidó en gran parte por una diferente concepción de la separación de poderes. Junto al singular entendimiento de la delegación del poder legislativo en las agencias, se ha subrayado que “la Administración por Agencias es una peculiaridad característica del sistema norteamericano dada la intransferibilidad de los poderes ejecutivos que el Presidente disfruta por delegación”, hasta el punto de que en Estados Unidos “puede decirse que esa es (...) en buena medida la técnica de administración ordinaria”<sup>97</sup>.

Así, como antecedentes del moderno Estado regulador ven la luz en esta etapa las primeras agencias federales destinadas a la promoción y desarrollo económicos. Es el caso de las siguientes: *Army Corps of Engineers* (1824), *Patent and Trademark Office* (1836), *Comptroller of the Currency* (1863) e incluso -aun posterior a la fecha convencional de 1875- el *Bureau of the Fisheries* (1883).

## **II. Las nuevas agencias reguladoras independientes y el surgimiento del Derecho administrativo norteamericano (1875-1930)**

Un hito fundamental en esta evolución es la creación de la *Interstate Commerce Commission* (ICC) por la Ley del Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Act*) de 1887. Hasta entonces, la regulación comercial, en especial la referente al transporte ferroviario y a la agricultura, había estado encomendada a los Parlamentos estatales que crearon a su vez comisiones *ad hoc* y después permanentes, cuyo funcionamiento distó de ser satisfactorio, por numerosas razones<sup>98</sup>. En particular, las comisiones ferroviarias

---

<sup>97</sup> SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Aproximación al sistema de agencias independientes”, en *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores* (ed. póstuma a cargo de J.C. Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez), Civitas, Madrid, 2008, pp. 611-621; la cita en p. 614.

<sup>98</sup> MORENO MOLINA resume la posición y dificultades de esta clase de comisiones, siguiendo a Cushman: “Las Comisiones habían sido creadas por éste [el Parlamento estatal] para el desempeño de una función que cada vez le resultaba más difícil de llevar a cabo directamente. Las Comisiones eran, pues, agentes del Parlamento. Además, tenían funciones cuasi-judiciales, al aplicar estándares, directrices legislativas a situaciones concretas: habían de fijar tarifas ‘justas y razonables’. En cuanto a sus relaciones con el Gobernador, ninguna respondía ante él. Además, y por regla general, el Gobernador solía tener una

estatales, que fueron establecidas para superar el estrecho margen de aplicación que el *common law* dejaba en aspectos tales como el sistema tarifario, llegaron a adquirir notables poderes en materia de seguridad del tráfico y fijación de tarifas (con escasa responsabilidad ante el Gobernador estatal). Cuando se intentó solventar también, por vía de regulación, el problema de las líneas ferroviarias que excedían de los límites de un Estado, el Tribunal Supremo Federal entendió que las comisiones estatales eran incompetentes para legislar con tal alcance<sup>99</sup>.

La configuración de la ICC ha sido descrita por PIERCE, SHAPIRO y VERKUIL diciendo que el Parlamento delegó en la agencia "la plenitud de la autoridad gubernamental", esto es competencias ejecutivas, poder de determinación de las tarifas ferroviarias tras el desarrollo de una audiencia contradictoria y amplia flexibilidad en la formulación de las políticas regulatorias "de acuerdo con el interés público, la utilidad y la necesidad" (lo que supuso, a juicio de estos autores, una usurpación de la función legislativa atribuida al Congreso por el artículo I de la Constitución)<sup>100</sup>. Mediante la Ley *Hepburn* de 28 de junio de 1906 se le concedió además la potestad de fijar tarifas para el futuro y con carácter general (*ratemaking*), que fue considerada por la jurisprudencia federal una potestad de naturaleza cuasilegislativa, como después se verá.

Sobre el modelo de la ICC surgieron en esta etapa diversas agencias reguladoras independientes: la *Pure Food and Drug Act* estableció en 1906 el antecedente de la actual *Food and Drug Administration*; el *Federal Reserve System* fue creado en 1913 y en 1914 se creó la *Federal Trade Commission*. Con anterioridad, la *Pendleton Act* había creado, en 1883, la *Civil Service Commission*, de gran importancia por dotar de carácter permanente e independencia a los funcionarios que servían en las agencias federales, "con lo que

---

posición aún más débil y limitada que en el nivel federal. Si tenemos en cuenta estos factores y la preponderancia institucional del Parlamento, hay pocas dudas para pensar que no suscitaba especial problema el que el Parlamento redibujara a su arbitrio las líneas divisorias concretas del poder ejecutivo 'si se podía decir que había un poder ejecutivo'" (MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de América*, cit., p. 104, con cita de CUSHMAN, R. E., *The independent regulatory commissions*, Octagon Books, New York, 1941, p. 32).

<sup>99</sup> *Wabash, St. L. & P. Ry. Co. v. People of Illinois*, 118 US 557 (1886). Cf. sobre todo ello la explicación de TORRE DE SILVA, V., "Sobre la independencia de las Agencias Federales en los Estados Unidos de América", cit., p. 481.

<sup>100</sup> Cf. PIERCE, SHAPIRO, VERKUIL, *Administrative Law and process*, Nueva York, 1992, pp. 28-29 *apud* MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias...*, cit., p. 107.

comenzó a abandonarse el régimen denominado *spoils system*, por el que se atribuían oficios públicos a personas afines al partido ganador de las elecciones”<sup>101</sup>.

La trascendencia de la actuación estas agencias fue tal que sobre su actuación se dio lugar al moderno Derecho administrativo norteamericano: *The decisions of federal and state courts reviewing the actions of these early regulatory agencies laid the foundations of modern administrative law*, dicen BREYER y STEWART<sup>102</sup>.

Bernard SCHWARTZ ha afirmado que el Derecho administrativo y las agencias independientes, con poderes delegados del Congreso, son tan antiguas como la propia Constitución federal. E incluso que la admisión en tales agencias de un *rulemaking power* es anterior a la creación de la ICC (así, en el caso *Wayman v. Southward* en 1825, resuelto por el *Chief Justice* Marshall). Pero añade a renglón seguido que el establecimiento de la ICC significó un *quantum step forward in the development of American administrative law*, con la creación de un moderno instrumento de regulación administrativa que unía en sí amplios poderes de *rulemaking* y *adjudication*, junto con las facultades ejecutivas tradicionales<sup>103</sup>.

Es ya momento de señalar que toda esta concepción del Derecho administrativo norteamericano responde, pues, al intento de superar una rígida interpretación del principio de separación de poderes. Lo más significativo de este intento no es, como sucediera en las revoluciones francesa y del viejo continente, la lucha por superar la legitimidad histórica-monárquica del Ejecutivo y su consiguiente limitación judicial<sup>104</sup> (la célebre Ley de 16-24 de octubre de 1790 y su posterior superación), sino el afán por implantar un modelo de Ejecutivo que hiciera posible el desarrollo económico,

---

<sup>101</sup> TORRE DE SILVA, V., “Sobre la independencia de las Agencias Federales en los Estados Unidos de América”, cit., p. 480.

<sup>102</sup> *Administrative Law...*, cit., p. 18.

<sup>103</sup> Cf. SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, Little, Brown and Co., Boston, Toronto, Londres, 1991, p. 29. Por lo demás, la reunión de poderes normativos, de ejecución y judiciales es hoy pacíficamente aceptada y nota característica de estas agencias: *The possession of legislative and judicial power is the hallmark of the agency*, dice SCHWARTZ (cit., p. 9).

<sup>104</sup> Para esta cuestión ha de remitirse *in extenso* al trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA “Revolución francesa y Administración contemporánea”, que apareció por primera vez en el *Libro homenaje al prof. Pérez Serrano*, Madrid, 1959. Y a lo que sobre el particular se dice en el Capítulo I sobre el modelo histórico francés, tanto en lo relativo a la disidencia revolucionaria del control del ejecutivo por el judicial, como acerca del proceso más dilatado en el tiempo de asunción por el ejecutivo de potestades reglamentarias.

dotándolo para ello de la suficiente capacidad de actuación. La cuestión no es, o al menos no es tanto, el control judicial del Ejecutivo<sup>105</sup>, como la posibilidad misma de desarrollar un poder ejecutivo en el nivel federal al margen de la capacidad de decisión personal del Presidente. De manera clara lo ha expresado GARCÍA DE ENTERRÍA:

“En realidad, el Derecho Administrativo americano no se consolidará por la vía de una superación de esos dogmas, especialmente el de la separación y aislamiento de poderes, dogmas profundamente anclados en sus convicciones de base (...), sino por una vía peculiar: la creación de instituciones especializadas en las que se intenta excluir el poder crudamente político del Presidente y remitir su funcionamiento a criterios estrictamente técnicos y objetivos, administrados por un personal independiente y permanente, a cubierto de las masacres funcionariales determinadas por los cambios presidenciales según el sistema de *spoil system* o sistema de botín, *instituciones a las que se delega un poder normativo propio* y de resolución con el que logran establecer regulaciones y gestiones objetivas y técnicas, cuyo control judicial, a partir de pautas y normas objetivadas, no planteó ya problema especial. Es la técnica de las Comisiones Reguladoras Independientes, cuyo modelo inicial fue la *Interstate Commerce*

---

<sup>105</sup> No obstante, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en el trabajo del que nos servimos fundamentalmente para esta cuestión (*Democracia, jueces y control de la Administración*; Madrid, 1996; en especial, Parte Segunda: “Una reflexión complementaria. Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el Ejecutivo”, pp. 169 ss.), ha notado que, aproximadamente en la misma época en que se planteaba en Francia con toda crudeza este debate, en los Estados Unidos la concepción no era muy diferente. Toma pie para ello de la sentencia del Tribunal Supremo *Marbury v. Madison* (1803) y destaca el rechazo de una pretensión que, dice, ha solido pasar inadvertida: “Apenas es necesario al Tribunal rechazar una pretensión sobre tal jurisdicción [sobre el Ejecutivo]. Tal extravagancia, tan absurda y excesiva, no tendría que entretenernos ni por un momento. El terreno de los Tribunales es sólo el de decidir sobre los derechos del individuo, no investigar cómo el Ejecutivo, o los agentes del Ejecutivo, desempeñan los deberes sobre los cuales tienen discrecionalidad. Las cuestiones de esta naturaleza política o que están, por la Constitución y por las leyes, sometidas al Ejecutivo, no pueden ser nunca planteadas ante este Tribunal”. “Esta concepción no es muy distinta —concluye el citado autor—, con la reserva que haremos inmediatamente, del famoso principio de ‘separación’ entre el Poder Ejecutivo y los jueces que formuló tempranamente la Ley francesa de 1790, aún en vigor, y pone en alguna medida en cuestión la afirmación común, desde Dicey, de que en el mundo anglosajón los Tribunales ordinarios controlaron desde el primer momento a la Administración” (cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, cit., pp. 172-173; sobre la reserva a que se alude en el texto, se refiere al doble matiz del sistema norteamericano, consistente por un lado en que se distinguirá prontamente entre actos ministeriales [justiciables] y otros discrecionales, no justiciables [considerados en su inicio *political questions*], y por otro en que es la propia justicia ordinaria, y no una instancia administrativa, la encargada de definir tales límites).



*Commission* creada en 1887, modelo perfeccionado en 1914 con la *Federal Trade Commission (FTC)*"<sup>106</sup>.

De todo ello lo que ahora interesa destacar es cómo se entendió en su origen, en la etapa histórica que ahora analizamos, la concesión de poderes normativos a las agencias o comisiones reguladoras independientes. Pues bien, se hizo sobre la técnica de la delegación. Bajo el muy expresivo título *separation and delegation*, Schwartz explica cómo este par de conceptos forman la base misma del sistema administrativo norteamericano<sup>107</sup>. Una amplia delegación es el sello del moderno Estado administrativo, dice citando a Scalia<sup>108</sup>, de modo que las agencias modernas tienen poderes legislativos y judiciales, comparables a los tradicionalmente ejercidos por el Congreso y los tribunales. Se han localizado, sin embargo, en órganos externos a dichos poderes, órganos que, sin tales facultades, no podrían desempeñar de manera eficaz las funciones a ellos encomendadas. Por comparación con lo que sucedería en una industria, no podría el moderno Estado administrativo –explica SCHWARTZ– desenvolverse adecuadamente bajo el rígido traje de la separación de poderes: "En el procedimiento administrativo, las distintas fases de creación y aplicación de la ley, tradicionalmente separadas, se han reunido en las manos de una simple agencia (...) Legislativo y judicial, como hemos destacado, se han convertido en los poderes estrella del arsenal administrativo".

Concretamente, por lo que hace a la función de *rulemaking*, con ironía dice SCHWARTZ unas palabras, frecuentemente citadas, según las cuales los puristas podrán decir que corresponde a las agencias un poder en esencia *cuasilegislativo*, pero cuando el Tribunal Supremo estudie una acusación por violación de las regulaciones promulgadas por la ICC relativas a seguridad en el transporte de materias inflamables, y el conductor del camión sea condenado por infringir tal regulación, con seguridad no será encerrado en una "cuasicelda". Y cita a este respecto la opinión disidente del juez White en *INS v. Chadha* (1983): *There is no question but that agency rulemaking is lawmaking in any functional or realistic sense of the term.*

---

<sup>106</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, cit., pp. 176-177 (subrayado nuestro, en cuanto a la delegación de un poder normativo propio en estas comisiones).

<sup>107</sup> Cf. en lo que sigue SCHWARTZ, B., *Administrative Law...*, cit., pp. 42 ss.

<sup>108</sup> SCALIA, A., *Judicial deference to administrative interpretations of law*, 1989 *Duke Law Journal*, pp. 511 ss (p. 516).

Cabe preguntarse, por tanto, cómo ha surgido esta noción de delegación y mixtura de poderes legislativos y judiciales delegados en una agencia administrativa. Y cabe hacerlo, además, teniendo en cuenta que: "Ha sido tal delegación el único sistema que ha podido imaginarse para escapar del único y desnudo principio de que el Ejecutivo es gobernado por el solo arbitrio del Presidente y de los hombres de su equipo, lo que se entiende que implica, según los conceptos jeffersonianos (...), su única responsabilidad electoral ante el pueblo"<sup>109</sup>.

Se ha de partir, claro es, del principio exactamente opuesto, el principio de no delegación (*nondelegation doctrine*). El artículo I.1 de la Constitución de los Estados Unidos sienta, como se ha visto, que "todos los poderes legislativos otorgados en la presente Constitución corresponderán a un Congreso de los Estados Unidos". En una expresión clásica, el juez Joseph Store resolvió que la regla general en Derecho es que un poder delegado no puede a su vez delegarse en otros: *The general rule of law is, that a delegated authority cannot be delegated* (en el caso *Shankland v. Washington*, 1831). Y más ampliamente aún sentenció el juez Harlan (en *Field v. Clark*, 1892) que: *That Congress cannot delegate legislative power... is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution*<sup>110</sup>.

Sin embargo, apenas unos años más tarde, la creación de la ICC y la atribución a esta agencia de importantes poderes de fijación de tarifas constituyó la ocasión para establecer la posibilidad de delegación en estas entidades de poderes normativos generales. Así, en el caso *ICC v. Cincinnati, New Orleans & Texas Pacific Ry.* (1897) se afirmó por el Tribunal Supremo esta doctrina: *[Although the power to prescribe rules] in the future is a legislative act, Congress might commit to some subordinate tribunal this duty*. Consideró la

---

<sup>109</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, cit., p. 178.

<sup>110</sup> La doctrina, en cuanto tal y con las excepciones que seguidamente se verán, sigue reconociéndose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: *The nondelegation doctrine is rooted in the principle of separation of powers, [which] mandates that Congress cannot delegate its legislative power to another branch* (sentencia *Mistretta v. United States*, 488 US 361, 371-372 [1989]). Por lo demás, esta sentencia, junta con alguna anterior (*Morrison, Independent Counsel v. Olson et al.*, 487 US 654 [1988]), abre una nueva línea interpretativa en la concepción de la separación de poderes, que puede llamarse "dinámica" o de atención al contrapeso y equilibrio entre ellos, superando así un entendimiento "estático" que haría hincapié en las funciones sustanciales de cada uno de los poderes. Sobre el particular, cfr. TORRE DE SILVA, V., "Sobre la independencia de las Agencias Federales en los Estados Unidos de América", cit., pp. 485-488.

sentencia no obstante que la *Interstate Commerce Act* de 1887 no otorgaba a la ICC este poder, el de ejercer la función legislativa o fijar tarifas para el futuro. Como antes se ha dicho, este poder sí fue específicamente conferido mediante la *Hepburn Act* en 1906 y en adelante los tribunales simplemente asumieron la constitucionalidad de tal modo de proceder<sup>111</sup>.

A partir de ese momento, lo decisivo será la concreción de los términos en que la delegación se efectúa, de manera que: “la doctrina *ultra vires* es la base de nuestro Derecho Administrativo e implica que el poder de una agencia está siempre circunscrito por la competencia otorgada por la ley” (SCHWARTZ). Sucede así, dice GARCÍA DE ENTERRÍA, “que la asunción de poder legislativo es la explicación que se da al poder reglamentario” y que la concentración de poderes de este tipo y judiciales en las agencias resulte sorprendente y “no sería comprendida en ningún país europeo, sin duda por la tradición de la Administración regia (en el siglo pasado [XIX] mantenida y reforzada por la doctrina del principio monárquico inserto en las monarquías parlamentarias), cuyos poderes no se explicaron nunca – ni los respectivos principios constitucionales permiten hacerlo hoy— como una excepción al principio de la división de poderes”<sup>112</sup>.

En otras palabras, y como subraya SCHWARTZ, en esta materia se pasó de la prohibición absoluta de cualquier tipo de delegación de la potestad legislativa a la regla que prohíbe las delegaciones incondicionadas (es decir, aquéllas que no están limitadas por *standards*): “Lo máximo que cabe exigir, bajo la doctrina de la separación de poderes, es que el Congreso establezca las políticas generales y las líneas inspiradoras [*standards*] de la ley, dejando que las agencias precisen tales estándares, ‘rellenen los espacios en blanco’ o apliquen aquéllos al caso particular”<sup>113</sup>.

De acuerdo con lo anterior, los tribunales, si bien no fueron estrictos a la hora de la creación de las nuevas agencias, sí que exigieron una serie de principios en su actuación que hicieran posible la delegación legislativa de funciones. Tales principios han sido

---

<sup>111</sup> Cf. BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *Administrative Law...*, cit., p. 36.

<sup>112</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, cit., pp. 181-182, de donde se toma también la traducción de la cita de SCHWARTZ (en *Administrative Law...*, cit., p. 478).

<sup>113</sup> Cf. SCHWARTZ, B., *Administrative Law...*, cit., p. 44, con cita de la opinión concurrente de Rehnquist en *Industrial Dept. v. American Petroleum Inst.*, 44 US 607, 684 (1980).

resumidos por BREYER y STEWART en cuatro parámetros de control que llaman elementos fundamentales del modelo tradicional de Derecho administrativo, a saber: 1º, que la imposición de sanciones administrativas, o medidas que afecten a la libertad o propiedad de los ciudadanos, han de estar establecidas de forma expresa por la norma legal que controle la actuación de la agencia; 2º, que los procedimientos de decisión de la agencia deben estar diseñados para una aplicación objetiva e imparcial de los mandatos legales en los diversos casos (fundamentalmente, mediante la concesión de audiencia a los interesados: *trial-type hearings*); 3º, que ha de hacerse posible el control judicial (*judicial review*) para asegurar el cumplimiento de las reglas anteriormente mencionadas; y 4º, que los procesos decisorios de la agencia deben facilitar dicha revisión judicial, lo que hace referencia tanto a la motivación fáctica y jurídica de las decisiones adoptadas, como a la observancia de ciertas garantías de tramitación ordenada, archivo de las actuaciones, etcétera<sup>114</sup>.

### III. El período del *New Deal* y la madurez del Derecho administrativo (1930-1965)

La verdadera fase de desarrollo del Derecho Administrativo se sitúa por la doctrina americana en la época del *New Deal*, en la que la dialéctica tuvo que ceder ante la realidad y la ley no pudo quedar por más tiempo distorsionada por los miopes errores de Dicey, en las duras palabras de FRANKFURTER que SCHWARTZ hace suyas<sup>115</sup>.

Característica principal de este período –la primera tarea que se impuso el nuevo sistema, dice de nuevo SCHWARTZ– fue la de legitimar los amplios poderes delegados en las agencias. En un primer momento, el Tribunal Supremo llegó a anular ciertas normas contenidas en la *National Industry Recovery Act*, una de las leyes más importantes del primer *New Deal*, al apreciar la inexistencia de una delimitación suficiente de la delegación legislativa. Fueron los casos resueltos por las sentencias *Panama Refining Co. v. Ryan* (de

---

<sup>114</sup> Cf. BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *Administrative Law...*, cit., pp. 18-20.

<sup>115</sup> Nos permitimos una traducción libre de la cita de SCHWARTZ: *The law could no longer continue to be distorted by Dicey's 'misconceptions and myopia'. Dialectic had to yield to reality; a system of administrative law was consciously developed*, en *Administrative Law...*, cit., p. 30. Las palabras entrecomilladas aluden al trabajo de FRANKFURTER, *The task of Administrative Law*, 75 U. Pa. L. Rev. 614, 615 (1927).

1935, con voto disidente del juez Cardozo)<sup>116</sup> y, en el mismo año, *Schechter Poultry Corp. v. United States*<sup>117</sup>.

Sin embargo, desde entonces se produjeron amplias delegaciones en las agencias, normalmente bajo el estándar más bien indefinido del "interés público", sin que diesen lugar a nuevas anulaciones<sup>118</sup>. Si hubo un tiempo, dice SUNSTEIN, en que se consideró que dichas delegaciones amplias vulneraban el artículo I de la Constitución, los tribunales se han mostrado después renuentes a hacer valer la *nondelegation doctrine*, reticencia que cabe atribuir en parte a la dificultad de desarrollar estándares que permitan distinguir claramente entre delegaciones permitidas y prohibidas; en otra, a una cierta resistencia frente al carácter expansivo de los controles judiciales; y, en fin, frecuentemente a la existencia de buenas razones para hacer posible la atribución de poderes discrecionales a estas entidades. Cosa distinta –añade este autor– es que los tribunales hayan reivindicado el principio constitucional contrario a la delegación, para anular actuaciones administrativas, que incidían sobre derechos de libertad y propiedad sin la suficiente autorización legal<sup>119</sup>.

De otra parte, la etapa del *New Deal* supuso la definitiva aparición de la regulación económica y social como parte de la estructura constitucional norteamericana. Sunstein ha resumido esta etapa diciendo que se dotó de dos grandes componentes, uno de carácter sustantivo y de carácter institucional, el otro. Con el primero se refiere al abandono de los principios del *laissez-faire*, tal y como fueron concebidos en una primera etapa que suele identificarse con la decisión del Tribunal Supremo *Lochner v. New York*, de 1905. Dice el mencionado constitucionalista que la legislación y práctica judicial del

---

<sup>116</sup> 293 US 388 (1935).

<sup>117</sup> 295 US 495 (1935).

<sup>118</sup> Con posterioridad a los casos antes señalados, y en esta fase de la evolución del Derecho administrativo americano, SCHWARTZ cita como asuntos más destacados de *broad standards* los siguientes: *Yakus v. United States* (321 US 414 [1944], relativo a la *Emergency Price Control Act*), *Lichter v. United States* (334 US 742 [1948], sobre la *Renegotiation Act*), *Fahey v. Mallonee* (332 US 245 [1947], acerca de la delegación concedida a la *Federal Home Loan Bank Board*). Por lo que hace, en particular, al impreciso criterio del *public interest*, menciona los asuntos *Central Securities Corp. v. United States* (287 US 12 [1932], que se refirió a una delegación a la ICC sobre esa base) y *National Broadcasting Co. v. United States* (319 US 190, 216, 219 [1943], sobre la delegación hecha a la *Federal Communications Commission* en su estatuto).

<sup>119</sup> SUNSTEIN. C., *After the rights revolution...*, cit., pp. 165-166. Destaca los asuntos resueltos en *Kent v. Dulles* (357 US 116 [1958]) y *Hampton v. Mow Sun Wong* (426 US 88 [1976]).

*New Deal* consistieron en un completo asalto al sistema del *common law*, tal y como se entendía en esa jurisprudencia: "La base para dicho asalto fue el convencimiento de que tal sistema estaba construido sobre principios anacrónicos, ineficientes e injustos –unos principios que habían sido considerados, en la primera parte del siglo, como parte de la Constitución federal". Las ideas sobre esta etapa y el llamado *second bill of rights* son suficientemente conocidas y no interesa ahora profundizar en ellas. Las últimas consecuencias de este embate fueron una transferencia del poder de los Estados a la Federación, un masivo crecimiento de la burocracia a escala nacional, a la par que un debilitamiento de los controles judiciales y la concesión al Presidente de poderes que hasta entonces habían sido ejercidos por el Congreso, los Estados y los tribunales del *common law*<sup>120</sup>.

Por lo que hace al segundo componente, se refiere a los drásticos cambios institucionales (*dramatic institutional innovations*) que surgieron directamente de la crítica al sistema sustantivo. Nuevas entidades se consideraron necesarias para restaurar la seguridad de los mercados, proteger la agricultura y salvaguardar el sistema bancario y financiero en general. Se hizo patente la necesidad de *technical expertise and specialization* en la toma de decisiones regulatorias. La lista de creación de agencias en esta etapa es bien expresiva al respecto: *Federal Home Loan Bank Board* (1932); *Federal Deposit Insurance Corporation* (1933); *Civilian Conservation Corps* (1933); *Rural Electrification Administration* (1933); *Civil Works Administration* (1933); *Tennessee Valley Authority* (1933); *Public Works Administration* (1933); *Federal Housing Administration* (1934); *National Labor Relations Board* (1934); *Securities and Exchange Commission* (1934); *Federal Power Commission* (1935); *Social Security Administration* (1935); *Soil Conservation Service* (1935); *Federal Communications Commission* (1936); *Federal Trade Commission* (ampliación, 1938); *Food and Drug Administration* (ampliación, 1938).

Como contrapeso a todo ello, un paso crucial en defensa de la garantía de los administrados lo constituyó la aprobación de la

---

<sup>120</sup> Sobre todo ello, *vid.* SUNSTEIN. C., *After the rights revolution...*, cit., pp. 18 ss y su obra *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, Basic Books, New York, 2004.

*Federal Administrative Procedure Act* (APA) en 1946. Sobre el suelo de las agencias administrativas independientes, ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA, "la configuración actual del Derecho Administrativo norteamericano tiene un origen y una fecha perfectamente identificables, la *Federal Administrative Procedure Act* (...), de 1946. Esta ley es ya categórica en admitir la justiciabilidad de los actos de la Administración en general (sin exigir, como la jurisprudencia que la precedía hizo constantemente, una determinación legal explícita en cada materia), aunque sin excluir la posibilidad de cierre de acceso al proceso por normas singulares. Pero más aún; en esa idea de la justiciabilidad de los actos de la Administración la APA ha incluido de manera expresa, para evitar las anteriores argumentaciones, a los actos discrecionales"<sup>121</sup>.

Respecto al origen de la APA, explican BREYER y STEWART cómo los críticos con el sistema del *New Deal* fueron ganando fuerza a partir de los años 40 y, a pesar del fracaso del proyecto Walter-Logan, que fue vetado por el Presidente Roosevelt, existía un amplio consenso sobre la necesidad de algún tipo de legislación que racionalizase el procedimiento administrativo. Tras la creación en 1939 del *Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, bajo la dirección de Acheson, emitió su informe en 1941 (*Administrative Procedure in Government Agencies*), en el que destacaba la necesidad de homogeneizar la legislación al respecto, si bien se mostraba partidario de mantener la amplia flexibilidad de actuación de las agencias y, en materia de decisiones sobre *adjudication*, proponía la intervención de *independent hearing examiners* (con funciones cercanas, pues, a las de un juez administrativo).

La APA fue finalmente adoptada en 1946<sup>122</sup>. Vino a significar un compromiso entre quienes temían el auge de las agencias reguladoras y dudaban de su constitucionalidad, y aquéllos que creían

---

<sup>121</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, cit., pp. 178-179.

<sup>122</sup> Hoy se encuentra codificada, con diversas modificaciones, en el Título 5, Secciones 551 y siguientes, del *United States Code* (5 USC §§ 551 et seq.). De aquí están tomadas las referencias que se hacen en el texto.

que las agencias eran un componente necesario del moderno Estado administrativo<sup>123</sup>.

La citada ley define *rulemaking* como el proceso por el que una agencia formula, modifica o deroga una norma (*rule*)<sup>124</sup>. Y a su vez la noción de *rule* es la siguiente: “El conjunto o una parte de una determinación administrativa de aplicabilidad general o particular y eficacia futura dirigida a desarrollar, interpretar o prescribir derechos o principios generales de actuación, o a describir la organización, el procedimiento o las exigencias de la práctica de una agencia, incluyendo la aprobación o prescripción para el futuro de tarifas, salarios, estructuras de sociedades y financieras y su reorganización, precios, bienes, servicios o productos, así como valoraciones, costes, contabilidad o prácticas relativas a ellos”<sup>125</sup>.

En la doctrina española, LAVILLA RUBIRA ha destacado que la nota decisiva de la definición, lo que caracteriza la acción normativa frente a la *adjudication* (cuyo producto típico es la *order*<sup>126</sup>), es su eficacia *pro futuro*, aunque se proyecte sobre un conjunto determinado de sujetos nominalmente individualizado o individualizables. Ahora bien, precisa a continuación que el carácter prospectivo o retroactivo de las reglas emanadas por una agencia –este último carácter se admite por la jurisprudencia con estrictos requisitos— debe entenderse en términos jurídicos, esto es atinentes a su aplicabilidad o no en sentido técnico para regular los efectos de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su adopción<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> POSNER, R., *The rise and fall of Administrative Law*, 72 CHI.-KENT L. REV. (1977), pp. 953-954. HARVARD LAW REVIEW (NOTES), “Oversight and insight: legislative review of agencies and lessons from the States”, *Harvard Law Review*, vol. 121 n. 2 (diciembre de 2007), p. 614.

<sup>124</sup> *Agency process for formulating, amending, or repealing a rule.*

<sup>125</sup> *The whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefore or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing* (sección 551 [6]). La traducción que figura en el texto está tomada de MARTÍ SÁNCHEZ, S., “Las agencias administrativas en Estados Unidos: en la encrucijada de poderes”, *Revista de las Cortes Generales*, 67 (primer cuatrimestre, 2006), pp. 97-136 (p. 127).

<sup>126</sup> La APA define *order* como “el conjunto o una parte de una decisión administrativa final, revista forma afirmativa, negativa, prohibitiva o declarativa, en materia distinta al *rulemaking*”, incluyendo las autorizaciones, las *injunctions* y las *declaratory orders* (sección 551 [6]).

<sup>127</sup> LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de Norteamérica*, Civitas, Madrid, 1991. En definitiva, el carácter normativo de una disposición atiende, no al carácter de generalidad en cuanto al número de sujetos a que



Por lo demás, BREYER y STEWART subrayan que los estudios sobre Derecho Administrativo se multiplicaron en la segunda posguerra. Las Comisiones sobre organización del Gobierno impulsadas bajo el mandato del Presidente Hoover emitieron sendos informes en 1949 y 1955, que reclamaban un mayor control presidencial sobre las agencias reguladoras independientes y el establecimiento de claras líneas procedimentales previas a la toma de decisiones. También la doctrina mostró su preocupación por la falta de control del Ejecutivo sobre las políticas regulatorias de las agencias<sup>128</sup>. Pero no hubo, concluyen, un ataque frontal a la existencia misma de comisiones reguladoras, sino que se asumió de modo general que diversos ajustes podrían perfeccionar el modelo de Estado administrativo ya culminado. Sensación de estabilidad que vino reforzada por la aparición de los primeros tratados de Derecho Administrativo propiamente tales, como los de Davis<sup>129</sup> o Jaffe<sup>130</sup>.

#### **IV. La etapa de la “revolución de los derechos” y la transformación del procedimiento administrativo (1965-1985)**

Durante los años 60 y 70 del pasado siglo, la concepción de la regulación encomendada a las agencias fue objeto de una transformación que SUNSTEIN ha englobado bajo la rúbrica “revolución de los derechos”<sup>131</sup>. La retórica de los derechos civiles, dice este autor, en materias como la calidad ambiental, la seguridad laboral, la lucha contra la discriminación o la protección de los riesgos de los consumidores, pasó a ocupar el centro de atención del *Welfare State*.

Esta diferente perspectiva conllevó diferencias sustantivas e institucionales. Las primeras, en cuanto que el propósito de los controles gubernamentales no era tanto –como en los años 30– la estabilización de la economía o el restablecimiento de la confianza comercial y financiera, cuanto la protección de la salud pública y la

---

se dirige, sino a su vocación de integración permanente en el ordenamiento, de modo que la norma no se agota con su cumplimiento sino que se reafirma por su observancia (en este sentido, clásicamente en Derecho español GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1999, t. I).

<sup>128</sup> La obra clásica para esta etapa es la de BERNSTEIN, M., *Regulation business by Independent Commissions*, Princeton University Press, 1955.

<sup>129</sup> DAVIS, K., *Administrative Law Treatise*, 1958.

<sup>130</sup> JAFFE, L., *Judicial Control of Administrative Action*, 1965.

<sup>131</sup> Cf. SUNSTEIN, C., *After the rights revolution...*, cit., pp. 24 ss.

seguridad frente a riesgos de todo tipo: *The substantive themes of risk management and antissubordination were the principal ones in this period.*

En lo institucional, hubo un abandono generalizado de la "fe en la autonomía administrativa" y tanto Congreso como tribunales procedieron a incrementar los controles sobre las agencias administrativas. Por lo que hace al primero, se recuperó el papel principal del impulso legislativo en el proceso regulador (*dramatic reassertion of legislative primacy in the regulatory process*). La lista de leyes de este período, relativas a derechos civiles –desde las modificaciones de la *Civil Rights Act* en 1957 y 1960–, medioambiente –*Clean Air Act* de 1963, *National Environmental Policy Act* de 1969, *Noise Control Act* de 1972, entre las más importantes– o las aprobadas en el campo de la seguridad laboral –en el que cabe destacar la *Contract Work Hours and Safety Standards Act* de 1965 y la *Occupational Safety and Health Act* de 1970– resultaría excesivamente larga de reproducir. En paralelo, el proceso significó la creación de agencias reguladoras independientes en estas materias, aunque en menor número relativo, si se las compara con el período del *new deal*. Entre otras, pueden señalarse las siguientes: *United States Commission on Civil Rights* (1957, modificada en 1960); *Equal Employment Opportunity Commission* (1964); *Environmental Protection Agency* (1970); *National Highway Traffic Safety Administration* (1970); *Consumer Product Safety Commission* (1972); *Occupational Safety and Health Administration* (1973); *Mine Safety and Health Administration* (1973); *Materials Transportation Board* (1975) y *Nuclear Regulatory Commission* (1975).

De otro lado, el Congreso dejó a un lado las autorizaciones legislativas en blanco, basadas en el amplio criterio del interés público o en la evitación de perjuicios irrazonables, para delinear con cierta precisión las habilitaciones concedidas a las agencias. En consecuencia, se intensificó igualmente el control judicial, que llegó a restringir importantes aspectos del procedimiento de actuación de aquéllas (en esta línea, numerosos casos resueltos por los tribunales federales; también la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mutual Ins. Co.*<sup>132</sup>).

---

<sup>132</sup> 463 US 29 (1983).

De más importancia fue la revisión sustantiva del modelo de agencias en ciertos puntos clave. Stephen BREYER se refiere a los varios frentes críticos que se abrieron –de uno de los cuales fue él insigne representante<sup>133</sup>–, y de los que interesa estudiar los que afectaron a las agencias reguladoras independientes.

El primero de tales frentes se centró en la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios. Las reivindicaciones de una mejor regulación en materia de seguridad, salud y consumo se han considerado paradigmáticas de esta etapa, hasta el punto de que suele hablarse de una “tercera oleada reguladora” que tendría por objeto justamente la defensa de tales intereses<sup>134</sup>.

Se ha de subrayar ahora, como se ha dicho, lo que en ese movimiento hubo de crítica frente al papel desempeñado por las agencias (en particular, en esta materia, por la *Consumer Product Safety Commission*). Se sostuvo en este sentido que las comisiones reguladoras independientes habían perdido responsabilidad frente al poder político y, en cambio, corrían el riesgo de ser “capturadas” por los intereses de los poderes económicos dominantes en el correspondiente sector. La teoría de la “captura” de los reguladores ha sido ampliamente estudiada y nos llevaría ahora muy lejos, para nuestro propósito. En la corriente que denunció este fenómeno, se puso el acento en la falta de voluntad del Congreso para elegir entre la defensa de los intereses públicos, de un lado, y la amplia delegación de facultades en agencias especializadas, cuya responsabilidad se ejercía sobre todo ante los poderes económicos,

---

<sup>133</sup> Cf. BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *Administrative Law...*, cit., pp. 26-28 y BREYER, S.G., *Regulation and its reform*, Harvard, UP Cambridge, Massachusetts, 1982.

<sup>134</sup> Tomo la idea de la triple “oleada reguladora” de M. BALLBÉ MALLOL, “La importancia de los organismos reguladores nacionales ante la competencia global”, intervención en las XXX Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (que, sobre el tema *La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*, se celebraron en Madrid los días 19 a 21 de noviembre de 2008). Según esta concepción, la primera fase de regulación se centró, bajo Wilson, en la idea de *progressivism* en sectores tales como la Reserva Federal o la seguridad alimentaria (en la que cabría destacar la figura de Louis Brandeis); la segunda y quizá más conocida, en el impulso de la etapa Roosevelt (con la labor de jueces como Landis y Farnkfurter) a la política del *New Deal* y la creación de la *Securities and Exchange Commission*; y la tercera, durante la presidencia de Lyndon B. Johnson, centrada en la protección de riesgos laborales, apoyada por abogados como Ralph Nader. En el texto se sigue una división de etapas que coincide en lo sustancial con ésta, si bien se hace referencia, de forma predominante, al elemento jurídico –y, más específicamente, normativo y de separación de poderes– que caracterizó cada uno de dichos periodos.

El citado autor ha recogido después esta idea en el *Prólogo* a la obra de MORALES PLAZA, A., *La regulación nuclear globalizada*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 26-27.

de otro<sup>135</sup>. Las soluciones ofrecidas por estos críticos se referían, en lo principal, al incremento de participación de los representantes de un interés público en las respectivas materias –abogados de los sectores de consumo y medio ambiente–; la implantación de procedimientos de decisión más formalizados; un control más estricto por el Congreso y los jueces (tanto sobre la actuación como sobre la inactividad de las agencias) e incluso la supresión de programas claramente orientados al beneficio de empresas reguladas<sup>136</sup>.

PIERCE, SHAPIRO y VERKUIL han descrito este fenómeno diciendo que “una agencia es capturada cuando favorece los intereses del sector industrial que regula –que está bien representado por sus grupos comerciales y sus abogados– en perjuicio de los intereses del público en general, que está a menudo subrepresentado”. Una interesante apreciación del último de los autores citados se refiere a la conexión de esta circunstancia con el otorgamiento de amplios poderes de *rulemaking* a las agencias: “La agencia independiente – sostiene– está diseñada para emular al tribunal de apelación. Cuando su actividad se expande para incluir el ejercicio de la potestad reglamentaria en un contexto que va más allá de la aplicación del Derecho o de la actividad de *adjudication*, la agencia confunde su forma con una actividad que sería mejor confiar a un único administrador, más responsable frente al poder ejecutivo”<sup>137</sup>.

La segunda gran línea crítica que cabe encontrar en este período es la que pone en tela de juicio la bondad económica de las técnicas de regulación. Ciertos economistas consideran que los fallos del mercado no sólo no encuentran solución satisfactoria a través de la regulación, sino que ésta es susceptible de agudizar la desigual distribución de renta y bienestar. Una versión extrema pretende la supresión del modelo de agencias y la sustitución de la constelación de programas de bienestar (con medidas como los salarios mínimos) por un modelo simple de redistribución de renta, a través de un único

---

<sup>135</sup> En este sentido, la obra de LOWI, T., *The end of liberalism. The second republic of the United States*, W.W. Norton & Co., 1979. También JAFFE, L., “The independent agency – A new scapegoat”, *Yale Law Journal*, 65 (1956); GREEN y NADER, “Economic Regulation vs. Competition: Uncle Sam the Monopoly Man”, 82 *YALE L.J.* 871 (1983).

<sup>136</sup> Cfr. BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *Administrative Law...*, cit., p. 26.

<sup>137</sup> Cfr., respectivamente, PIERCE, SHAPIRO, VERKUIL, *Administrative Law and process*, cit., p. 18 y VERKUIL, P., “The purposes and limits of the independent agencies”, *Duke Law Journal*, 1988, pp. 252 ss. (la cita del texto en p. 257); ambos según la traducción de MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de América*, cit., pp. 184-186.

impuesto sobre aquélla o por medio de incentivos. Otra corriente, aun admitiendo que un cierto nivel de intervención puede corregir los fallos de mercado más agudos (en especial, los referidos a la imperfecta información de los consumidores), entiende que los tradicionales instrumentos legales –prohibiciones, licencias y otras formas de control– resultaban inapropiados para la consecución de los fines que se proponían e ineficientes desde el punto de vista económico<sup>138</sup>.

La corrección de algunos de estos defectos en la regulación tuvo lugar, en fin, por una doble vía. De un lado, los tribunales exigieron con carácter general una más estricta aplicación de la participación de los interesados en los procesos regulatorios y extendieron a éstos la cobertura de ciertas garantías procedimentales (*due process rulings*), en la línea del archivo y motivación fácticos y jurídicos de los procedimientos, al objeto de que pudieran ser contrastados por los interesados. Los tribunales promovieron así, dicen BREYER y STEWART, una transformación del procedimiento administrativo, de uno basado fundamentalmente en la limitación del poder gubernamental para proteger intereses privados, a otro que cabría llamar *interest representation model*, donde todos los intereses afectados han de tener cabida durante la elaboración de la regulación y contar con la garantía de la revisión judicial<sup>139</sup>.

De otro lado, desde finales de la década de los setenta hasta mediados de los ochenta el Congreso procedió, mediante diversas leyes, a una cierta desregulación de industrias como las aerolíneas domésticas o las telecomunicaciones de larga distancia, suprimió los controles sobre los precios del gas y del petróleo (establecidos en los primeros años de los 70), al tiempo que introdujo novedosos incentivos económicos, vg. a través de la figura de los derechos

---

<sup>138</sup> La explicación en profundidad de estas tendencias de análisis económico de la regulación se encuentra en numerosas obras, de las que cabe destacar las de STIGLER, G., "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, 3 (1971) y, del mismo autor, *The citizen and the State: essays in regulation* (1975); así como las del propio Stephen BREYER, bien desde la perspectiva concreta de una agencia (así, BREYER, S.G. y MACAVOY, P., *Energy regulation by the Federal Power Commission*, 1974), bien con carácter general, en las ya citadas *Regulation and its reform*, 1982 y BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *Administrative Law and Regulatory Policy*, <sup>3</sup>1992 (de donde se toma la idea del texto, pp. 27-28) y con posterioridad, por lo que hace a la perspectiva de la gestión de riesgos –si bien esta última entraría ya en un orden de preocupaciones diverso– en *Breaking the vicious circle: toward effective risk regulation*, Harvard, UP Cambridge, Massachusetts, 1993.

<sup>139</sup> BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *Administrative Law and Regulatory Policy*, cit., p. 28.

negociables en el mercado de emisión de gases contaminantes ('marketable' air pollution rights)<sup>140</sup>.

## V. El control sobre el proceso de regulación desde 1985

La perspectiva histórica permite identificar otro giro en torno a mediados de la década de los ochenta del pasado siglo. En esta fecha los comentaristas suelen cifrar la aparición, primero, de una cierta relajación de los controles judiciales y legislativos sobre la actuación de las agencias (hasta llegar, como se verá, a la llamada doctrina de la "deferencia judicial" hacia la interpretación del derecho estatutario hecha por las agencias; en especial, cuando se trata de decidir sobre una ausencia de concreta actividad o regulación por parte de éstas). La segunda nota que caracteriza el nuevo período es la forma del cambio de control por el Ejecutivo. Como con claridad lo han dicho BREYER y STEWART, no se trata ya de supervisar a agencias o comisiones "fuera de control", sino más bien de coordinar los diversos programas regulatorios realizados por diversos órganos del brazo Ejecutivo. Las preguntas esenciales son ahora: "¿En qué medida las políticas regulatorias deben someterse al control del Gobierno o de la Oficina de Presupuestos? ¿Hasta qué punto el criterio político del "núcleo duro" del Gobierno ha de interferir en los juicios técnicos de los expertos de las agencias en el "círculo exterior" de su actuación? ¿En qué medida, en fin, resulta admisible que el Congreso –bien legislando bien mediante comisiones de información- intervenga en la gestión diaria de la actividad de las agencias [*'micromanage' agency decisionmaking*]?"<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Cfr. BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *ibidem*, p. 29. SUNSTEIN resume esta etapa diciendo: "A finales de los 70 y en los 80, la recesión económica se combinó con una elevada inflación, la crisis energética y fuertes descensos en la competitividad internacional, la productividad y el empleo. El resultado fue una dura oleada de críticas hacia los controles regulatorios, que fueron acusados de haber contribuido, al menos, a causar algunos de tales resultados. La protesta derivó en dos consecuencias concretas. La primera fue la promulgación, en los últimos años 70 y primeros de la década de 1980, de la legislación desreguladora [*calling for deregulation*], especialmente en el área de transporte (incluyendo las compañías aéreas, los ferrocarriles y el transporte por carretera) y de la energía (con la eliminación de los controles sobre los precios del petróleo). La segunda fue la actitud de la Administración Reagan, que favoreció dicha desregulación mediante la supresión o reducción de controles regulatorios sobre la actividad de las agencias, combinándola con una total inactividad en esas materias" (cf. *After the rights revolution...*, cit., pp. 30-31).

<sup>141</sup> Cf. BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *ibidem*.

### **A. La doctrina de la deferencia judicial hacia la interpretación jurídica de las agencias reguladoras independientes**

El contexto general de esta doctrina jurisprudencial es el que se sitúa a mediados de la década de los ochenta, y al que SUNSTEIN ha hecho referencia de una forma lúcida, como culminación de una etapa (la que él llama, como se ha visto, "revolución de los derechos", y que supone a su juicio el reverso histórico de los logros, o al menos de la concepción que subyacía en el *New Deal*): "Los ochenta también vieron crecer la insatisfacción respecto de los controles existentes sobre la actividad administrativa: la clara percepción de la falta de rigor [*expertise*] de los tribunales, y de su ausencia de responsabilidad, parecían empujar en la dirección que buscaba reducir la labor judicial a un papel mucho más modesto. En este sentido, la fuerza ejemplarizante del *New Deal* solía ser invocada justamente por aquellos que buscaban reducir la intensidad de la regulación –a modo de una especie de inversión última de la concepción institucional de los 'new dealers'. Así fue cómo la revisión judicial comenzó a ser paulatinamente más 'deferente' con las decisiones de los reguladores"<sup>142</sup>.

Las dos sentencias del Tribunal Supremo que suelen considerarse paradigmáticas de esta tendencia son: primero y fundamentalmente, *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*<sup>143</sup> y también, por lo que hace al aspecto específico de la revisión de la inactividad de las agencias, *Heckler v. Chaney*<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. SUNSTEIN. C., *After the rights revolution...*, cit., p. 31.

<sup>143</sup> 467 US 837 (1984).

<sup>144</sup> 470 US 821 (1985).

Sobre *Chevron* y sus efectos se ha escrito mucho<sup>145</sup>. Interesa destacar, ante todo, que está en juego el control de la discrecionalidad de la actuación de las agencias reguladoras independientes y, más en concreto, de su regulación mediante normas jurídicas que interpretan en cierto sentido las leyes del Congreso. Y ello porque, como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, "en cuanto a la apreciación de los hechos la tradición americana es que la *judicial review* sobre la Administración se configure como un *appeal*, apelación en el sentido angloamericano, que remite la apreciación de hechos al juez de primera instancia y se limita al control del Derecho (...) Se comprende que esa 'deferencia', enfáticamente proclamada desde *Chevron*, de los tribunales también a las interpretaciones jurídicas que pueda hacer la Administración viene a arruinar, quizás en parte sustancial, la efectividad del control judicial de la Administración"<sup>146</sup>.

Los hechos del caso eran simples y han sido narrados en diversas ocasiones<sup>147</sup>. La *Environmental Protection Act* de 1977 estableció una serie de programas especiales, que incluían permisos

---

<sup>145</sup> La defensa más cerrada la hizo el juez Scalia, aun cuando no era miembro del Tribunal Supremo al tiempo de dictarse la sentencia: SCALIA, A., "Judicial deference to administrative interpretation", *cit.* [nota 22]. Muy crítico se ha mostrado Bernard Schwartz. Aparte del tratamiento académico de la doctrina jurisprudencial contenida en *Chevron*, con sus antecedentes y aplicaciones posteriores (SCHWARTZ, B., *Administrative Law...*, *cit.*, pp. 701 ss.), este autor ha refutado enérgicamente la concepción de la *judicial review* en ella latente en otros artículos: SCHWARTZ, B., "Administrative Law cases during 1994", *Administrative Law Review* (verano, 1995); "'Shooting the piano player'? Justice Scalia and Administrative Law", *Administrative Law Review*, 47 (invierno, 1995).

El impacto de esta doctrina ha dado lugar a numerosos trabajos, de los que cabe citar: STARR, K.W., "Judicial review in the post-Chevron era", *Yale Journal on Regulation*, 1986; SUNSTEIN, C.R., "Law and Administration after Chevron", *Columbia Law Review*, 1990; BREYER, S., "Judicial review of questions of law and policy", *Administrative Law Review* 38 (1986); PIERCE, R., "Chevron and its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions", *Vanderbilt Law Review*, 41 (1988); DIVER, C., "Statutory interpretation in the Administrative State", *U.P.A.L.Rev.* 133 (1985); CROSS, F.B., "Shattering the fragile case for judicial review of rulemaking", *Vanderbilt Law Review*, 85 (1999); HARVARD LAW REVIEW (NOTES), "The two faces of Chevron", *Harvard Law Review*, 6 (abril de 2007); HARVARD LAW REVIEW (NOTES), "Justifying the Chevron Doctrine: Insights from the Rule of Lenity", *Harvard Law Review*, 8 (junio de 2010), pp. 2043 ss.

En español, un completo análisis se encuentra en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw Hill, Madrid, 1996. Se hizo eco de la sentencia y de la polémica doctrinal GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, *cit.*, pp. 182-194. Recientemente ofrece un buen resumen MARTÍ SÁNCHEZ, S., "Las agencias administrativas en Estados Unidos: en la encrucijada de poderes", *cit.* [nota 39]; especialmente pp. 129-133.

<sup>146</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, *cit.*, pp. 183-184.

<sup>147</sup> Vid. el resumen de BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., en *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 493-497; de donde se toman algunas ideas del texto.



muy restrictivos para el ejercicio de toda actividad potencialmente nociva (contaminante) por parte de las instalaciones industriales. Sin embargo, la *Environmental Protection Agency* (EPA) procedió en su regulación de 1981 a un entendimiento laxo de estas autorizaciones. Concretamente, las modificaciones que se calificasen en las instalaciones industriales de "fuente de contaminación" podían estar exentas de permiso si se consideraban como un todo (*bubble*) dentro de un gran complejo industrial. Impugnada la regulación por la *Natural Resources Defense Council, Inc.*, el Tribunal de instancia estimó su demanda y consideró que la definición de "fuente contaminante" asociada a ese concepto de "conjunto" (o burbuja) no estaba en la Ley de 1977, que ni lo definía ni precisaba qué había de entenderse por fuente fija de emisiones contaminantes. La resolución del Tribunal Supremo anuló la de instancia y, mediante la teoría de la "deferencia", ratificó la normativa de la EPA que había aplicado una interpretación restrictiva de la *Environmental Protection Act*. Según la sentencia, "fuente contaminante" podía perfectamente definirse adoptando una perspectiva local (o sea, de cada "burbuja" o complejo industrial) en lugar de una perspectiva más amplia y acorde con la finalidad de la ley de controlar la contaminación.

Ciertamente, la doctrina *Chevron* no carecía de precedentes. El más relevante, quizá, el caso *Gray v. Powell* de 1941<sup>148</sup> y sus aplicaciones posteriores, en especial en *NRLB v. Hearst Publications*<sup>149</sup>, todos los cuales fueron tenidos en cuenta por la sentencia; de modo que SCHWARTZ ha podido decir, siguiendo las opiniones del juez Starr, que *Chevron* simplemente provee de criterios más específicos la doctrina de la deferencia o, en otras palabras, que no es sino *a present-day version of the Gray v. Powell doctrine*<sup>150</sup>.

Esta doctrina ha sido además reiterada en resoluciones posteriores: "Según *Chevron*, si una ley no es ambigua, es la Ley la que decide; sin embargo, si el silencio o la ambigüedad del Congreso ha dejado un espacio para que la agencia lo rellene, los Tribunales

---

<sup>148</sup> 314 US 402 (1941).

<sup>149</sup> 322 US 111 (1944).

<sup>150</sup> SCHWARTZ, B., *Administrative Law...*, cit., p. 703.

deben otorgar deferencia a la interpretación de la agencia”<sup>151</sup>. Ha de reseñarse lo que tuvo, pues, de novedosa en su entendimiento de la “deferencia judicial” la sentencia *Chevron*, partiendo de ese proceso de dos fases (*two steps inquiry*) que acaba de ser descrito y que lleva a concluir que, en el último caso –esto es, cuando hay espacio para la interpretación– los jueces han de determinar si la decisión de la Administración ha sido razonable en el marco de lo dispuesto por la ley; si su interpretación ha sido “permisible, no correcta”<sup>152</sup>; incluso, en último extremo, si no ha sido contraria a una voluntad claramente expresada por el Congreso<sup>153</sup>. Como se ha dicho, “esta idea de la deferencia es la aportación de la sentencia *Chevron*. Hasta entonces la razonabilidad o verosimilitud de la resolución [o norma general] administrativa se solía en general considerar como atinente a la naturaleza o calificación jurídica, lo que permitía su análisis íntegro por parte de los Tribunales de Justicia. Con *Chevron* el planteamiento es otro: el legislador ha delegado la competencia en la agencia administrativa, y sólo cabe un juicio o control judicial negativo. Esta sentencia representa el tránsito del modelo llamado del juicio independiente –en el que la opinión de la agencia administrativa tiene más o menos el mismo valor que el de un experto independiente– al modelo deferencial –conforme al cual sólo se anulará la decisión de la agencia si se considera irrazonable”<sup>154</sup>.

Los aspectos de interpretación judicial que latén en esta sentencia responden a la corriente denominada “textualismo jurídico” o literalismo estricto en la interpretación de las leyes, con estrechos contactos con el “originalismo” o interpretación de la Constitución y de sus enmiendas según la intención original de los constituyentes<sup>155</sup>. En punto al sentido que haya de extraerse de esta resolución judicial, cabe observar por último una cierta división de opiniones en la doctrina norteamericana:

---

<sup>151</sup> *Stinson v. United States*, 1993 (tomo la cita de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, cit., p. 190, quien lo hace a su vez de SCHWARTZ, B., “Administrative Law cases during 1993”, *Administrative Law Review* [1994], p. 326).

<sup>152</sup> SCALIA, A., “Judicial deference to administrative interpretation”, cit., p. 512.

<sup>153</sup> *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 US 421, 454 (1987).

<sup>154</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, cit., p. 495.

<sup>155</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, cit., p. 186 y BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, cit., pp. 496-497.

- Algunos autores han subrayado que la deferencia de *Chevron* se debe sobre todo a la consideración pragmática de que las agencias están dotadas de mayor conocimiento y experiencia en la toma de decisiones<sup>156</sup>.

- Un argumento más de fondo apunta a que se trata de una decisión sobre la separación de poderes, diseñada para evitar que los tribunales interfieran en las funciones que han sido delegadas por el Congreso en las agencias<sup>157</sup>. En esta línea, decididamente sostiene entre nosotros GARCÍA DE ENTERRÍA que la doctrina "es una aplicación de la concepción americana de la división de los poderes, que proclama la necesidad de que los distintos poderes respeten sus respectivas esferas de actuación, perspectiva desde la cual no duda en interpretarse el silencio o la imprecisión de la ley nada menos que como una delegación que el Legislativo hace al Ejecutivo para que la aplique como él lo entienda oportuno. O, en términos literales de Scalia, en un voto particular de 1987, que pone muy bien en relación esos dos principios de *Chevron*: 'Los tribunales deben dar todo su efecto a una interpretación razonable de una ley, a menos que tal interpretación sea incompatible con una intención claramente expresada por el Congreso', en el propio texto legislativo"<sup>158</sup>.

Por último, un simple apunte sobre la acentuación de este entendimiento de la deferencia hacia la interpretación administrativa, cuando se trata precisamente de una inactividad de la agencia en cuestión. En *Heckler v. Chaney*<sup>159</sup>, se añade a todo lo expuesto que hay una presunción contra la revisión judicial de este tipo de conducta. La base de este razonamiento es que no hay coerción

---

<sup>156</sup> SUNSTEIN, C.R., "Law and Administration after Chevron", *cit.*; DIVER, C., "Statutory interpretation in the Administrative State", *cit.*

<sup>157</sup> BREYER, S., "Judicial review of questions of law and policy", *cit.*; PIERCE, R., "Chevron and its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions", *cit.*

<sup>158</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, *cit.*, pp. 191-193; la cita de la sentencia está tomada de SCHWARTZ (bien pudiera ser *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 US 421, 454 (1987), citada *supra* en nota 67); el otro principio a que se hace referencia –junto a la concepción de la separación de poderes– es el principio literalista estricto en la interpretación de las leyes.

<sup>159</sup> 470 US 821 (1985).

sobre derechos privados y, en esa misma medida, la inactividad no resulta revisable hasta que así lo decida el Congreso<sup>160</sup>.

Cabe notar, no obstante, que en los últimos tiempos se han producido resoluciones del Tribunal Supremo, que obligan, si no estrictamente a la actuación normativa de agencias reguladoras independientes, sí al menos a la obligación de motivar –con razones jurídicas y no sólo políticas de oportunidad o conveniencia– la falta de regulación de una materia, sobre la que se tiene competencia para legislar (así, en el caso de la omisión de regulación de los gases de efecto invernadero por parte de la EPA, a la que se reconoció competencia para ello bajo la *Clean Air Act*: sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2007).

## **B. Proceso regulatorio y control por los poderes Legislativo y Ejecutivo**

La otra vertiente que ha de analizarse es la de la evolución de los controles sobre la actividad de *rulemaking* de las agencias, desde el doble ámbito de las delegaciones –y eventuales vetos o limitaciones– por parte del Congreso, y de la cada vez mayor posibilidad de intervención del Presidente, o de alguna de las oficinas del Ejecutivo (en especial, la *Office of Management and Budget*, OMB) sobre tal actividad.

### *1. La actividad normativa de las agencias y el papel del Congreso*

Como antes se ha destacado (*supra*, apartado B), la función misma de regulación que se encomienda a las agencias independientes tiene su origen en una clara desviación de la *nondelegation doctrine* y en la admisión de que el Congreso, como legislador único según la Constitución, no podía llegar a todos los aspectos de desarrollo técnico que exigía el moderno Estado administrativo.

En línea de principio, pues, las agencias administrativas tienen capacidad normativa si y en la medida en que se les ha concedido por una delegación estatutaria por parte del Congreso. El principio fue claramente afirmado por la sentencia que resolvió el caso *Chrysler Corp. v. Brown*, en 1979<sup>161</sup>: *the exercise of quasi-legislative authority by governmental departments and agencies must be rooted in a*

---

<sup>160</sup> Cfr. SUNSTEIN. C., *After the rights revolution...*, cit., p. 219.

<sup>161</sup> 441 US 281, 302 (1979).

*grant of such power by the Congress.* En nuestro Derecho, se ha notado que ello diverge notablemente de la concepción del poder reglamentario al estilo francés, que suele reconocerse como atribución propia del Gobierno en los textos constitucionales. Con la creación de agencias u organismos reguladores, se ha dicho, “la concepción tradicional española de supremacía de la ley (...), de la que se deriva que los reglamentos sigan ocupando el lugar subordinado, residual e inferior a la ley propio de nuestro Derecho, puede estar siendo impregnada por el principio del constitucionalismo norteamericano, magistralmente afirmado en 1979 por el juez Rehnquist en el caso *Chrysler Corp. v. Brown*, de que, al estar todos los poderes legislativos de la Federación investidos en el Congreso de los Estados Unidos (artículo I, sección 1, de la Constitución de EEUU), el ejercicio de potestades cuasilegislativas por el Gobierno debe fundamentarse en una concesión de tal poder por parte del Congreso, con la consecuencia de que el Congreso puede habilitar a cualquier agencia administrativa para dictar disposiciones normativas que vinculen a los particulares”<sup>162</sup>.

En la concreción de estas delegaciones se han empleado diversos estándares. Uno de los más utilizados, tradicionalmente y en la actualidad, es el del llamado *intelligible principle* como criterio de orientación de la actuación de la agencia, en sus funciones normativas estatutarias delegadas<sup>163</sup>. Otra de las técnicas mediante las que se ejercía tradicionalmente la *congressional oversight* (supervisión parlamentaria, si bien se usa aquí en el sentido más amplio de control) era la del veto legislativo. Desde 1832 –fecha en la que se adoptó por primera vez esta técnica en el nivel federal—, el Congreso podía mantener cierto control sobre las decisiones de las agencias, mediante la posibilidad de insertar un veto en la respectiva ley de delegación. Tal facultad suponía que el Congreso reservaba (para sí o para una de las cámaras) la facultad de revisar, y en su caso, revocar, una decisión adoptada por la agencia en ejercicio de la previa delegación. Esta especie de “derogación singular” de la habilitación legislativa concedida (o de avocación de una competencia

---

<sup>162</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., “A propósito del panorama de fuentes del Derecho, tras las circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”, en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. III., pp. 2283-2292 (la cita del texto en pp. 2284-2885).

<sup>163</sup> *J.W. Hampton, Jr. & Co. V. United States*, 276 US 394, 409 (1928); *Whitman v. American Trucking Ass'ns*, 531 US 457, 472 (2001).

cuyo ejercicio había sido transferido) se ha solido justificar en la conveniencia de someter a los representantes del pueblo el control sobre determinadas actuaciones de la agencia, carente de la misma legitimidad democrática<sup>164</sup>.

El *legislative veto* fue declarado contrario a la Constitución por la sentencia del Tribunal Supremo *INS v. Chadha*, de 1983<sup>165</sup>. El caso se refería a la solicitud de suspensión de expulsión instada por un ciudadano keniano residente en EEUU. La Cámara de representantes ejerció su facultad de veto, al no aprobar dicha suspensión y se planteó la constitucionalidad de esta actuación del Legislativo. La decisión del caso se centró en la ruptura del esquema de separación de poderes: partiendo de que los proyectos de ley aprobados por las Cámaras han de someterse al Presidente, para su eventual veto y levantamiento por decisión de dos tercios de aquéllas; y tomando en consideración la naturaleza legislativa del veto; éste debería haber seguido también un procedimiento similar. En otras palabras, se vio en el veto una facultad de carácter legislativo que hurtaba en cambio el ordinario procedimiento establecido para dicho poder (en el caso, la aprobación de una ley de deportación).

La doctrina sentada en *Chadha* supuso también una sacudida doctrinal de cierto alcance<sup>166</sup>, aunque no llegó a dar lugar en la práctica a una reacción frontal por parte del Congreso, como pudiera haberla significado el establecimiento de *sunset provisions* en las correspondientes leyes de delegación (reglas limitativas en el tiempo de la actuación, o incluso de la existencia misma, de una agencia)<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Las leyes en las que se establecía este derecho de veto llegaron a superar en número a las doscientas; la práctica se hizo más habitual a partir de los años setenta. Cfr. HARVARD LAW REVIEW (Notes), "Oversight and insight: legislative review of agencies and lessons from the States", cit., p. 615; MARTÍ SÁNCHEZ, S., "Las agencias administrativas en Estados Unidos: en la encrucijada de poderes", cit., p. 116.

<sup>165</sup> 462 US 919 (1983).

<sup>166</sup> Cfr. SMITH, R.B. y STRUVE, G.M., "Aftershocks of the fall of legislative veto", *A.B.A.J.* 1258 (1983).

<sup>167</sup> "En línea con lo resuelto en el caso *Chada*, los comentaristas sugirieron varias formas en las que el Congreso podría mantener la supervisión sobre las agencias, por ejemplo mediante el establecimiento de *sunset provisions*. De hecho, sin embargo, el Congreso no fue tan agresivo como cabía esperar: hubo de llegarse a la "revolución republicana" de mediados de los 1990 para que viera la luz una reforma legal aprobando el mecanismo *post Chadha* en lo referente a la revisión legislativa de las reglas de las agencias" (HARVARD LAW REVIEW [Notes], "Oversight and insight: legislative review of agencies and lessons from the States", cit., p. 615).

Los mecanismos de supervisión y control posteriores a esta decisión se han concentrado en dos grandes líneas. De una parte, el establecimiento de *committee hearings* previos a la actuación de los administradores (si bien su existencia está sujeta con frecuencia a consideraciones partidistas). De otra y fundamentalmente, la promulgación de la *Congressional Review Act* (CRA) de 1996<sup>168</sup>.

La citada ley prevé un mecanismo de control relativamente sencillo. Antes de que la agencia en cuestión pueda aprobar una nueva *rule* (con una definición muy similar a la contenida en la APA, v. *supra*), ha de remitir a cada Cámara del Congreso y al *Comptroller General* un informe que incluya la regulación propuesta, un resumen especificando si se trata de una *major rule*<sup>169</sup> y sus previsibles efectos y fecha de entrada en vigor. Cada Cámara trasladará a su vez este informe a los comités competentes, quienes podrán solicitar una revisión de la ley bajo la que se ampara la regulación concernida. En el caso de las *major rules*, el *Comptroller General* informará en el plazo de quince días a dichas comisiones competentes; y este tipo de reglas no podrán entrar en vigor hasta sesenta días después, al menos, desde que la agencia haya informado al Congreso. Como instrumento más fuerte, la CRA prevé que por una resolución conjunta firmada por ambas Cámaras, y aprobada por el Presidente, se podrá rechazar la normativa proyectada por la agencia, siempre que dicha resolución haya tenido lugar en el mencionado plazo de sesenta días desde su entrada en el Congreso; con el resultado de que la agencia no podrá volver a presentar una regulación que sea "sustancialmente igual" a la desaprobada. En definitiva, *the CRA sets up a system that avoids the problems of the legislative veto scheme invalidated in Chadha but still allows Congress the opportunity to disapprove of proposed regulations before they take effect*<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Recogida en el Título 5, Secciones 801 y siguientes, del *United States Code* (5 USC §§ 801-808 [2000]).

<sup>169</sup> Definida según parámetros económicos (cuando la OMB pueda cifrar su influjo económico en más de 100 millones de dólares al año; susceptible de crear un incremento relevante en costes o precios de los consumidores, industrias, agencias gubernamentales o regiones; o de tener efectos significativos adversos en innovación, inversión, productividad o competitividad internacional) en 5 USC §§ 804 (2) (A)-(C).

<sup>170</sup> HARVARD LAW REVIEW [Notes], "Oversight and insight: legislative review of agencies and lessons from the States", *cit.*, p. 617. La citada nota, tomando cifras de la actuación del Congreso entre 1996 y 2006, concluye que la CRA no ha tenido el efecto de cambio significativo en el modo de control, que previeran sus promotores: en esa etapa, las agencias elevaron al Congreso informes de 41.128 *rules* y 610 *major rules*. Sólo se aprobaron 37 resoluciones conjuntas de desaprobación de ambas Cámaras (*joint*

## 2. La intervención del Ejecutivo en el proceso de regulación

A diferencia de lo sucedido con el Congreso, las competencias del Ejecutivo relativas al control, coordinación y supervisión sobre la actividad de las agencias reguladoras independientes no han dejado de aumentar desde principios de los años ochenta.

Los instrumentos formales mediante los que se ha materializado este control han sido básicamente dos: las *executive orders* del Presidente (de crucial importancia en esta materia, como se verá, y uno de cuyos puntos más discutidos ha sido justamente el de su aplicabilidad a las agencias reguladoras independientes) y las circulares emitidas por la *Office of Management and Budget* (OMB).

Por lo que hace, de forma breve, a esta última, se configura como una entidad que asiste al Presidente en el desarrollo y ejecución de sus políticas y programas. El ámbito de asistencia es básicamente el del control presupuestario, la coordinación de regulaciones y el análisis y evaluación de la puesta en práctica de las diversas políticas. Se estructura a su vez en tres oficinas: *Office of Federal Financial Management* (Oficina federal de gestión financiera), *Office of Federal Procurement Policy* (Oficina federal de adquisiciones) y *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA, Oficina de información y regulación), cuyo papel sin duda es el más relevante para el objeto de este trabajo. De hecho, el mayor peso en materia de regulación no es el que pueda derivarse de las circulares de coordinación de la OMB, sino –como se analizará con algún detenimiento seguidamente– el que se encomienda a la función de informe y control previo a la toma de decisiones regulatorias, en el que la OIRA juega un papel destacado<sup>171</sup>.

Las órdenes ejecutivas de los presidentes en esta materia se han sucedido desde Ford<sup>172</sup>. Éste implantó una modesta forma de

---

*resolutions of disapproval*) y una sola de ellas –de marcado carácter político, como allí se explica– fue finalmente aprobada como ley por el Congreso (*ibidem*, p. 618).

<sup>171</sup> Cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, S., “Las agencias administrativas en Estados Unidos: en la encrucijada de poderes”, *cit.*, p. 125. Añade que sobre la posibilidad del Presidente de dirigir directamente instrucciones a las agencias, existe una polémica doctrinal: se admite por KAGAN, E., “Presidential Administration”, *Harvard Law Review*, 114 (2001), p. 2245; en contra, SARGENTICH, T.O., “The emphasis on the Presidency in U.S. Public Law”, *Administrative Law Review*, vol. 59 n.1 (invierno, 2007).

<sup>172</sup> En lo que sigue, cfr. ampliamente MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de América*, *cit.*, pp. 224 ss. y 243 ss.



“informe de impacto inflacionario” a remitir por las agencias a la OMB. Carter, en la que suele citarse como primera orden ejecutiva sobre análisis regulatorio<sup>173</sup>, encomendó dicha función a un órgano específico, el llamado *Regulatory Analysis Review Group*. De la siguiente etapa, bajo el presidente Reagan, son dos importantes órdenes sobre el particular: la número 12.291, de 17 de febrero de 1981<sup>174</sup>, que obligaba a las *major regulations* a incluir un análisis de impacto regulatorio, para ser revisado y aprobado por la OIRA; y la número 12.498, de 4 de enero de 1985<sup>175</sup>, que requería la remisión anual a la OMB, para su aprobación, de la planificación de la actividad de regulación. Las tres últimas órdenes mencionadas plantearon problemas en su aplicación a las agencias reguladoras independientes: en todos los casos, se trató de que éstas adoptasen sus previsiones de forma voluntaria; y por parte de la doctrina se sugirió –respecto a la EO 12.044, concretamente– que no se trataba sino de una directiva procedimental, sin contenido concreto, de modo que no planteaba problemas de injerencia del Ejecutivo<sup>176</sup>. Muy diferente resultó el debate relativo a la elaboración de la orden 12.291, en el que se llegó a sostener que se trataba de un “acto inconstitucional de legislación ejecutiva que viola el principio de separación de poderes”<sup>177</sup>, o bien la conveniencia de que las reglas se hubiesen contenido en norma con rango de ley. Finalmente tanto la citada orden, como la 12.498, de idéntico ámbito de aplicación, quedaron referidas a las agencias tal y como se definen en la sección 3502(1) del Título 44 del USC, con excepción de las que se consideran *independent regulatory agencies* en la sección 3502(10).

Bajo la presidencia de Clinton, se promulgó la orden ejecutiva 12.866, de 30 de septiembre de 1993<sup>178</sup>, que “constituye sin ninguna duda la norma vigente más importante en materia de coordinación y

---

<sup>173</sup> *Executive Order* (EO) 12.044, de 23 de marzo de 1978 (derogada en 1981).

<sup>174</sup> EO 12.291, § 3,3 CFR, 127, 128-30 (1981).

<sup>175</sup> EO 12.498, § 3 CFR 323 (1985).

<sup>176</sup> Cfr. BRUFF, H., “Presidential power and administrative rulemaking”, *Yale Law Journal*, vol. 88 (1979), p. 499 *apud* MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de América*, cit., p. 231.

<sup>177</sup> ROSEMBERG, M., “Presidential control of agency rulemaking: an analysis of constitutional issues that may be raised by Executive Order 12.291”, *Arizona Law Review*, vol. 23 (1981), p. 1202; cita y traducción de MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de América*, cit., p. 233.

<sup>178</sup> EO 12.866, § 6(b), 3 CFR 683, 646 (1993).

revisión presidencial del proceso de regulación”<sup>179</sup>. Se trata de una extensa y compleja orden que deroga las dos últimas mencionadas y trata de llevar a cabo una completa reorganización del proceso regulatorio. Con carácter general, la revisión de dicho proceso (sección 6: *Centralized Review of Regulations*) se encomienda a la OIRA; se establece que sean públicos todos los documentos intercambiados entre ésta y la agencia afectada durante el proceso de revisión y se fija (sección 7) un procedimiento a seguir en caso de discrepancia, en el que juega un papel destacado el Vicepresidente. Sin embargo, de estos mecanismos resultan excluidas las agencias reguladoras independientes. Sí les resultan de aplicación, en cambio, los relevantes instrumentos de planificación (*Planning Mechanism*) establecidos en la sección 4, en particular lo que se refiere a la llamada “agenda unificada de reglamentos” y el “plan de regulación”<sup>180</sup>.

Se han de destacar, por último, dos reformas de esta orden 12.866, bajo la presidencia de G.W. Bush, operadas por órdenes ejecutivas 13.258, de 26 de febrero de 2002 y 13.422, de 18 de enero de 2007, que introducen ciertas novedades de carácter general, como la exigencia de un *guidance document* para determinadas regulaciones de alto impacto económico; y algunas en particular por lo que hace a los mecanismos de planificación, como la prescripción relativa a que el “plan de regulación” deba contar con la aprobación del *Regulatory Policy Officer* de la agencia afectada, que habrá de incluir, a su vez, documentación sobre la regulación proyectada.

---

<sup>179</sup> MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de América*, cit., p. 247; de quien se toman en general las ideas que siguen en el texto.

<sup>180</sup> Cfr., respectivamente, los incisos iniciales de las subsecciones (b) y (c) de dicha sección, que indican de forma expresa: *For purposes of this subsection, the term "agency" or "agencies" shall also include those considered to be independent regulatory agencies, as defined in 44 U.S.C. 3502(10).*

### **CAPÍTULO III**

#### **LAS RAZONES CONSTITUCIONALES DE LAS LLAMADAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES**

##### **I. Introducción: neutralidad técnica y participación ciudadana**

El análisis de la potestad normativa de las Administraciones independientes no puede hacerse sin contar con algunas ideas previas sobre la existencia de estas entidades, no sólo en nuestro propio ordenamiento, sino en los de nuestro entorno –tanto en los sistemas continentales como en los de *common law*- y sin analizar los problemas de articulación constitucional que dicha existencia ha puesto de relieve.

En esta perspectiva, no interesa un estudio de Derecho comparado propiamente dicho, sino que partiendo de los datos que ofrece la comparación<sup>181</sup>, se quiere avanzar sobre lo que pueda resultar de utilidad para estudiar el otorgamiento de facultades normativas a las Administraciones independientes. De otro lado, se dan por supuestas las nociones sobre el origen histórico de tales facultades en los sistemas jurídicos francés y español, donde se ha estudiado con detalle la aparición de dicho poder.

Puede partirse de un breve repaso a las finalidades que pretenden justificar el nacimiento de estas autoridades en los diversos sistemas jurídicos. En todos ellos las razones alegadas son las mismas y pueden agruparse en torno a las tres siguientes: neutralización política; razones de eficacia y especialización técnica; y conveniencia de introducir la participación ciudadana en los asuntos públicos. Sobre estas motivaciones coinciden los autores que se han ocupado con más intensidad de este tema<sup>182</sup>, si bien cabe hacer algunas consideraciones previas.

---

<sup>181</sup> Para lo que sirve el excelente análisis que ofrece SALVADOR MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, Barcelona, 2002.

<sup>182</sup> Por citar sólo las monografías que se han ocupado de la materia con un enfoque global, por orden cronológico: BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994; MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000; SALVADOR MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>, *Autoridades independientes*, cit.; y RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002. Como es claro, esta enumeración no agota los

Una primera es que el análisis de las Administraciones independientes que se lleva a cabo en el presente trabajo, el cual tiene por objeto principal el estudio de su potestad normativa, parte de una idea amplia de "independencia" que ya ha sido teorizada, en nuestro Derecho y en los ordenamientos más cercanos, a diversos efectos. Así, aun cuando la noción de independencia a la que se quiere aludir principalmente es la que existe frente al Ejecutivo, no debe olvidarse que existen otras figuras –basadas también de algún modo en las limitaciones del nombramiento o remoción por el Gobierno y en una atenuación del *indirizzo* político de éste en sentido amplio– que encajarían en dicha noción<sup>183</sup>. No interesa ahora tal estudio extensivo, que plantea una problemática parcialmente distinta, sino más bien el de aquellas entidades que, gozando de una independencia funcional, pueden insertarse de algún modo en el cuadro de las personificaciones públicas con fuertes especialidades y a las que se conceden diversas potestades para el cumplimiento de su función (cf., sobre estos aspectos, lo que se dice en los apartados D y E siguientes)<sup>184</sup>.

---

acercamientos al tema, contenidos muchas veces en trabajos previos (el pionero de SALA ARQUER, J. M., "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", *REDA* 42, abril-junio 1984, pp. 401 ss.; los de PARADA VÁZQUEZ y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en el *Homenaje a Clavero Arévalo*, 1994, citados en la bibliografía) o en exposiciones de carácter ya más general (como la del *Derecho Administrativo*, t. II, *Organización y empleo público* de R. PARADA VÁZQUEZ en sus sucesivas ediciones [que citaremos por la 20ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 261 ss.] y en otros tratados de los que nos hacemos eco al hilo de concretas cuestiones) ya más específicas (que también se verán); también entre éstas, hay obras de Derecho comparado basadas en la experiencia norteamericana (las de MORENO MOLINA y de CARBONELL y MUGA, igualmente citadas en la bibliografía). Como una aproximación reciente al tema en su conjunto, pueden verse los diversos trabajos reunidos en VVAA [coords. Pauner Chulvi, C. y Tomás Mallén, B.], *Las Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

<sup>183</sup> Es ésta la concepción de PARADA VÁZQUEZ quien, en una perspectiva general de Administraciones dotadas de independencia, incluye el estudio de los supuestos de autonomía institucional constitucionalmente garantizada (recogiendo, a su vez, la propia de órganos de relevancia constitucional o previstos de forma expresa por la Constitución: Defensor del Pueblo, Consejo de Estado, Consejo Económico y Social; junto con supuestos que encuentran su propia justificación, como la autonomía universitaria), distinguiéndolos del fenómeno de las Administraciones independientes no previstas en la Constitución (las que se estudian en este trabajo y, junto con ellas, algunas que encajan en otras justificaciones y modelos organizativos: Administración electoral, autoridades portuarias) [cf. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, t. II, *Organización y empleo público*, cit., pp. 276-289]. Por lo demás, el problema central que plantean estas últimas entidades, en la construcción de dicho autor, es el de que el Gobierno no puede considerarse responsable políticamente de su funcionamiento, por lo que quedarían extramuros de la dirección de la Administración por el Gobierno que impone el artículo 97 de la Constitución (cf. *ibidem*, p. 263). Sobre todo ello se volverá *infra*, tratando de precisar cómo estas nuevas formas de legitimidad exigen también un reforzamiento del control; y apuntando alguna de las limitadas soluciones –pues se establecen únicamente respecto de los llamados "organismos reguladores" que prevé la Ley de Economía Sostenible.

<sup>184</sup> Tampoco por esta razón se hace un estudio de la problemática de las *autorità indipendenti* en el Derecho italiano, rúbrica bajo la que se han englobado figuras tan heterogéneas –en cuanto a su

Por otra parte, la idea de la participación privada en los asuntos públicos sólo está presente –aunque de forma muy destacada– en el sistema británico, donde entronca con las ideas de *self-government* propias sobre todo de las entidades locales en dicho país, y en el Derecho alemán, en el que la noción de autonomía conecta abiertamente con la forma de organización de los intereses corporativos. Por ello, como se dirá, los problemas planteados por estas formas de autonomía remiten en parte a problemas diversos, que han sido resueltos en el Derecho español a través de las formas de Administración corporativa.

Una última advertencia que debe hacerse con carácter general es que las razones llamadas de eficacia o especialización técnica reciben muy diversos ropajes (autoridad de los expertos o de los sabios, policracia funcional o descentralización por funciones, servicio objetivo al interés general...), pero en definitiva quedan conectadas con lo que puede llamarse el “contenido” de la misión de estas entidades administrativas, que se resume siempre: (i) bien en la regulación de sectores económicos que requieren de mayor dinamismo y seguridad, sin pérdida de transparencia y con ajuste a la legalidad; (ii) o bien en la protección de derechos fundamentales y de valores constitucionales.

## **II. Las autoridades administrativas independientes en el Derecho francés y las agencias en el sistema norteamericano (remisión)**

§ Junto a todo el significado que aportan tanto la experiencia francesa como la norteamericana en el plano de la producción reglamentaria por parte de las entidades independientes –por ser los dos grandes modelos de donde ésta arranca–, las ideas sobre el fondo

---

fundamento constitucional– como los Defensores Cívicos o Defensores del Pueblo de las diversas Regiones; el Banco de Italia, la *Commissione Nazionale per la Società e la Borsa* (CONSOB) y el Instituto para la Vigilancia de los Seguros Privados (ISVAP); y la figura del *Garante dell'editoria* (cf. Parada Vázquez, *ibidem*, pp. 274-276). Por lo demás, el estudio en dicho ordenamiento se hace hoy en forma aún más amplia, que engloba los problemas planteados por estas entidades y por las agencias (vid. VVAA [a cura di P. Cavalieri, G. dalle Vedove, P. Duret], *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, CEDAM, Milan, 2003), siendo uno de los principales el del reconocimiento de sus poderes normativos (cf. Paolo DURET, “Autorità ed Agenzie e l'Amministrazione in cammino”, en *ibidem*, pp. 15-18).

o justificación de estas entidades han sido objeto de menor teorización.

En el caso de las *autorités administratives indépendantes*, el argumento sobre su “neutralidad política” se gesta en un concreto momento histórico del siglo pasado. “En 1968 comienza a hacerse patente en aquel país –explica SALVADOR MARTÍNEZ– una desconfianza general hacia el poder político y hacia la Administración pública, debido a la creciente politización del aparato administrativo y a los escándalos en que ésta se había visto envuelta. En estas circunstancias se extendió la idea de que esa Administración politizada que se había demostrado parcial e ineficaz no estaba en condiciones de desempeñar determinadas tareas que exigían una intervención objetiva e imparcial en sectores especialmente sensibles, en los que había que actuar como árbitro imparcial entre los diferentes intereses en conflicto. Para desempeñar este tipo de tareas era preciso crear *autorités administratives indépendantes*, alejadas de la lucha política”<sup>185</sup>.

Por lo demás, la relevancia de la construcción de la autonomía de estas autoridades se encuentra en Francia, como en buena parte sucede también en los EEUU de Norteamérica, en que se les encomienda la trascendental función de la regulación social (*régulation sociale*) de determinados sectores. “Las autoridades independientes son, como ha dicho en este sentido BETANCOR, instancias de barrera o de protección de los ciudadanos frente a los poderes sociales de todo tipo, incluidos los públicos, que cuentan con posibilidades reales de lesionar sus derechos, máxime cuando se considera que en estos ámbitos los mecanismos tradicionales de protección de los derechos, particularmente la tutela judicial, son ineficaces (...). Estas instituciones no guardan, por tanto, relación con la *desregulación* y, en general, con los fenómenos de retraimiento del Estado. La intervención pública no desaparece, sino que adquiere nuevas formas (...). Esta doble función de barrera y de ordenación no es contradictoria, pues una y otra se integran o sintetizan en una única función: la preservación de los derechos de los ciudadanos a través de la supervisión y la ordenación de un sector de la actividad social”<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, cit., p. 204.

<sup>186</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, cit., pp. 74-75.

§ Algo similar sucede en el Derecho norteamericano, con la peculiaridad de que en ese país es bien visible la juventud del sistema político instaurado por la Constitución de 1776 y de ahí que los problemas planteados inicialmente fuesen, por así decir, de trazo más grueso. Téngase en cuenta, a este respecto, que la idea de la primera comisión reguladora independiente tuvo lugar en un contexto de corrupción muy específico: “en los Estados Unidos –explica de nuevo Salvador-, a la vista de la situación en que se encontraban los organismos públicos en el siglo XIX, ocupados sobre todo por la compraventa de votos, se consideró que la regulación y el control de la actividad privada en un sector de especial trascendencia económica, como el ferrocarril, no podía atribuirse a los organismos públicos existentes, sino que para ello había que crear una institución que actuase ‘libre de interferencias políticas’”<sup>187</sup>.

De esta situación primigenia de indefensión frente a lo político deriva también la noción de *regulation* con el amplio sentido que tiene en el Derecho estadounidense. Se considera que la función de regulación debe ser estrictamente neutral por dos motivos: uno, porque se hace preciso asegurar una continuidad de las políticas públicas en los sectores económicos, más allá de los vaivenes partidistas; en segundo lugar, porque se trata de materias indudablemente conectadas con derechos de los ciudadanos “y se entiende que estos derechos encuentran mayor garantía si las decisiones relativas a ellos se toman al margen de interferencias políticas”. De acuerdo con esta visión, el Congreso crea agencias independientes a las que trata de hacer neutrales, sobre todo, frente al Presidente: “en los Estados Unidos se entiende que es el Presidente el que representa la mayor amenaza para las *independent agencies*, porque, como Poder Ejecutivo, tiende de forma natural a extender su ámbito de influencia sobre ellas”<sup>188</sup>.

### III. El ejemplo del Derecho inglés

Como es propio de un sistema de *common law*, en el Reino Unido el modelo de Administración ha sido siempre radicalmente

---

<sup>187</sup> Cf. SALVADOR MARTÍNEZ, cit., p. 106, con cita de CUSHMAN, R. E., *The independent regulatory commissions*, Octagon Books, New York, 1941, p. 190.

<sup>188</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, cit., pp. 106 y 107.

diferente al continental. Por lo que ahora interesa, el modelo de *board system* ha sido una constante histórica hasta el siglo XIX. Prescindiendo del paréntesis de la época victoriana, en el que hay un acercamiento a la Administración departamental por la influencia del modelo napoleónico, puede decirse que el fenómeno actual de los *quangos* (*quasi autonomous non governmental organisations*) se inscribe con naturalidad en el sistema de *boards*, que ocupan el grueso de la Administración complementando a la propiamente departamental.

De hecho, además de los Departamentos y la organización que de ellos depende, la gran división que puede hacerse hoy en el mundo británico parte en todo caso de la noción de autonomía: bien sea autonomía departamental (*next steps agencies* [NSA] o *quasi autonomous governmental bodies*), bien sea autonomía no departamental o propiamente dicha (*quangos* o *non departmental public bodies* [NDPB])<sup>189</sup>.

Otros rasgos característicos de la Constitución británica, como la resolución de los problemas caso por caso y la ausencia de toda generalización teórica, están también presentes de alguna manera en la organización administrativa, de modo que alguno de los intentos más serios de sistematización de este estado de cosas se han reflejado en dos informes: el de Leo Piatzky en 1980, que trató de clasificar los *quangos* según sus funciones y régimen jurídico; y el denominado *Next Steps Report* (o *Ibbs Report*), publicado en 1988, de donde toma su nombre el primer grupo de agencias a que antes se hizo referencia<sup>190</sup>.

Por lo que hace a las funciones, a la tradicional división en competencias ejecutivas, asesoras y parajudiciales, cabe añadir hoy como particularización de las primeras –según hace con acierto SALVADOR MARTÍNEZ– las que se refieren a la regulación. Baste señalar en este sentido la clasificación que propone la citada autora: a) los *regulatory bodies* que entroncan con alguno de los *boards* existentes ya en el siglo XIX (*Civil Aviation Authority, Agricultural Marketing Boards*); b) los *supervisory bodies*, que, pese a su denominación,

---

<sup>189</sup> Cf. *in extenso* SALVADOR MARTÍNEZ, cit.

<sup>190</sup> Se ha de completar con otros dos relevantes informes, ambos publicados en 1995: el emitido por el *Committee on Standards in Public Life (First Report)*, más conocido como informe Nolan y el del *Public Services Committee's on Ministerial Accountability and Responsibility*.



encajan mucho mejor que los primeros con la idea actual de organismos reguladores derivados de la liberalización de ciertos sectores: *Office of Telecommunications* (OFTEL), *Office of Water Supply* (OFWAT), *Office of Gas and Electricity Markets* (OFGEM), *Office of the Rail Regulator* (ORR) y la *Financial Services Authority* (FSA); c) el Banco de Inglaterra, como encargado de la supervisión del crédito en una situación de autonomía singular; y d) los *quangos* que pretenden proteger o garantizar el ejercicio de derechos fundamentales en un determinado sector, como la *Office of the Data Protection Register*, la *Radio Authority* y la *Independent Television Commission*<sup>191</sup>.

Para terminar, pueden destacarse algunas otras notas novedosas, y hasta cierto punto discutidas, de los *quangos* como forma de organización administrativa. Ante todo, estas autoridades no gozan de la autonomía orgánica que se consigue en el Derecho alemán: es el Gobierno el que nombra a sus miembros y el que controla gran parte de su actuación. En el Reino Unido se ha partido claramente de este dato a la hora de valorar el delicado problema de la responsabilidad política y de articular formas de control. Respecto de lo primero, el importante informe del *Public Services Committee's on Ministerial Accountability and Responsibility*, de 1995, señaló claramente que la cuestión no estriba tanto en la autonomía real de estas entidades en su actuación diaria como en la falta de responsabilidad política por sus resultados: *the need for efficiency pulled in one direction, while the pressure on government to be politically responsible pulled more strongly in another and contributed to departmental interference*.

Se ha llegado a una especie de solución de compromiso, haciendo responder al Gobierno por las grandes líneas políticas de actuación en el caso de los *non departmental public bodies*; en tanto que, en el caso de las *next steps agencies*, el ministro responde de los resultados de las agencias, aunque no de los medios utilizados ni de la gestión ordinaria<sup>192</sup>. Por lo que se refiere al control judicial, el principal problema es que los tribunales no disponen de parámetros suficientemente precisos. Como dice SALVADOR, "en los conflictos en

---

<sup>191</sup> *Ibidem*, pp. 59-60.

<sup>192</sup> Todo ello está en conexión, además, con la crisis de la noción tradicional de control cuando coinciden Gobierno y mayoría parlamentaria.

los que se discute sobre el contenido de las actuaciones de los *quangos*, los tribunales prefieren no intervenir por temor a que parezca que llevan a cabo un juicio político, mientras que si se discute el incumplimiento de contratos, cuestiones formales, temas en materia penal o civil, los tribunales no encuentran tantos problemas para desarrollar su labor”<sup>193</sup>.

La cita anterior es suficientemente expresiva, en fin, de que el sistema administrativo inglés sigue marcado por el principio de soberanía del Parlamento, lo que se refleja en que el control jurídico de todos los actos y disposiciones inferiores a la ley corresponde a los tribunales ordinarios. En otras palabras, y desde el punto de vista que nos interesa, no existe en el sistema británico poder reglamentario propiamente dicho (por las mismas razones por las que no puede hablarse de una Administración como ente transpersonal dotado de una posición privilegiada). Sin embargo, la aparición de nuevos reguladores –bien que encuadrados en una tradición de autonomía secular- pone de relieve, a nuestro juicio, una singularidad normativa que no puede ser pasada por alto. Se trata del hecho de que la producción legislativa correspondiente a estos sectores supervisados se convierte cada vez más en una legislación marco (*framework legislation*), de modo que es el legislador que crea el organismo quien también le atribuye las funciones y las potestades para desarrollarlas, en términos no siempre dotados de la precisión suficiente<sup>194</sup>.

En resumen, la neutralización política significa en el Derecho inglés cierto alejamiento de la actuación del Gobierno (*which operates to a greater or lesser extent at arm's length from Government*)<sup>195</sup>; conecta con una larga tradición de autonomía y también con una cuestión que puede llamarse de estrategia política (la Corona –y hoy el Gobierno- crean organizaciones bajo su control, para escapar de la

---

<sup>193</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, cit., p. 70.

<sup>194</sup> Cf. *ibidem*.

<sup>195</sup> Adaptando la definición que de los *Non Departmental Public Bodies* hace el informe sobre éstos de 1998: *a body which has a role in the processes of national government, but it is not a government department or part of one, and which accordingly operates to a greater or lesser extent at arm's length from Ministers* (cit. *apud* SALVADOR MARTÍNEZ, cit., p. 50).

La definición sigue manteniéndose en los sucesivos informes, hasta el de 2009 (cf. [http://www.civilservice.gov.uk/Assets/PublicBodies2009\\_tcm6-35808.pdf](http://www.civilservice.gov.uk/Assets/PublicBodies2009_tcm6-35808.pdf), p. 5), si bien este último advierte de la necesidad de una nueva racionalización que reduzca el tamaño del *Arm's Length Bodies (ALB)* sector, en la línea del informe sobre *Smarter Government* [cf. <http://www.hmg.gov.uk/media/52788/smarter-government-final.pdf>].

esfera parlamentaria); y presenta en la actualidad rasgos novedosos en cuanto al contenido de sus funciones, sin dejar de plantear el problema de su control político y jurisdiccional.

#### IV. La independencia funcional en el Derecho alemán

##### A. Instituciones autónomas y participación ciudadana

En el Derecho comparado existe un caso de genuina independencia de estas formas jurídicas incardinadas en la Administración. Se trata de las *funktionales Selbstverwaltungsträgern* del Derecho alemán. En virtud del peculiar desarrollo histórico de estas entidades y de su noción de autonomía, aquí puede decirse que se da independencia orgánica *stricto sensu*, esto es elección de sus miembros de forma directa por los ciudadanos, si bien únicamente por los grupos sociales afectados según la materia de que se trate. En efecto, tres son las notas fundamentales que definen las entidades autónomas en Alemania: personalidad jurídico-pública, participación de los interesados y cumplimiento de sus funciones, que afectan a sus propios asuntos<sup>196</sup>. Algunas actúan en el ámbito de los derechos fundamentales (radiotelevisiones públicas, instituciones de los medios y universidades); otras, en el amplio campo de las profesiones liberales y de los sectores económicos y sociales (colegios profesionales, cámaras de comercio e industria, corporaciones de aguas, instituciones gestoras de la seguridad social, etc.).

La nota de su personalidad pública se da, pues, en la doble forma institucional (*öffentliche Anstalten*: televisiones públicas e instituciones de los medios, instituciones de la seguridad social) y, fundamentalmente y en la mayoría de los casos, en la forma corporativa (*öffentliche Körperschaften*: colegios, cámaras de comercio y de artesanía e industria, corporaciones de aguas y de bosques).<sup>197</sup>. Para completar esta caracterización, se ha de señalar

---

<sup>196</sup> Cf. SALVADOR MARTÍNEZ. Preferimos hablar de “entidades” autónomas –y no de “instituciones autónomas”, como hace la citada autora-, precisamente para subrayar que cabe en ellas tanto la forma institucional como la corporativa, como se dice a continuación.

<sup>197</sup> De ahí que la razón de esta autonomía más plena conecte, según los esquemas propios de las administraciones francesa y española, con la idea de la Administración corporativa: no es por azar que algunos autores, como PARADA VÁZQUEZ, estimen que en nuestro propio Derecho “ésta sí que es una Administración independiente”, aunque matice a continuación que no en el sentido que se da entre

que estas entidades gozan de autonomía reforzada para sus asuntos propios –aunque también se les concede cierta autonomía para la gestión de aquellos asuntos delegados por el Gobierno-. En el ejercicio del primer grupo de competencias, lo esencial es la ausencia de control político: “la exclusión de cualquier tipo de control político es lo que realmente distingue a un organismo titular de *Selbstverwaltung* de uno que no lo es. Se entiende que si a las ‘instituciones autónomas’ se les atribuye el ejercicio de una función bajo su entera y exclusiva responsabilidad (*Selbstverantwortung* o *Eigenverantwortlichkeit*), ningún órgano puede controlar sus actividades si no es teniendo como parámetro una norma jurídica precisa”<sup>198</sup>.

El sentido de traer aquí esta distinción es, a nuestro juicio, doble. De un lado, sirve como una especie de diferenciación de figuras afines (si bien, con todo lo dicho en la parte segunda de este trabajo y según el enfoque adoptado, no parece especialmente necesario decir que se está aquí ante un fenómeno radicalmente distinto al de nuestras Administraciones independientes). De otro y sobre todo, la forma en la que se trata a estas entidades en el Derecho alemán puede arrojar luz sobre algunos problemas, justamente por la diversidad de puntos de partida. Así, mientras que las *funktionales Selbstverwaltungsträgern* responden a las notas que se han dicho, es igualmente interesante saber que, no ya en la Administración indirecta, sino en la forma directa de Administración se encuadran en Alemania ciertas entidades nacidas también para proteger derechos fundamentales: concretamente, la autoridad encargada de la protección de datos (*Bundesbeauftragter für den Datenschutz*) y los órganos creados para regular o supervisar la actividad en mercados liberalizados, como la *Bundesnetzagentur* (BNetzA), que desde 2005 integra a las autoridades regulatorias de correos y telecomunicaciones, y a las encargadas de supervisar los sectores de gas, energético y ferroviario. Aunque la discusión doctrinal ha discurrido aquí por otros cauces<sup>199</sup>, la proximidad con el

---

nosotros a esta expresión (cf. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, t. II, *Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, <sup>20</sup>2008, p. 279).

<sup>198</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, cit., p. 177.

<sup>199</sup> Concretamente por los de la llamada “Administración directa libre de instrucciones” (*Ministerialesfreie Raum*). En estos casos, la función de regulación que debe ejercerse sobre los mercados liberalizados se considera en Alemania un nuevo tipo de función administrativa. Esta función no se atribuye a las entidades autónomas, sino a órganos especializados de la Administración central del

fenómeno del que ahora se trata es evidente. Y parece claro, también, que a pesar de la diversidad de origen, las técnicas mucho más depuradas de autonomía presentes en el primer campo pueden ser de alguna utilidad en el segundo<sup>200</sup>.

## **B. El significado de la neutralidad por razones de carácter técnico**

Una nota destacada de la experiencia alemana viene representada por el peso de la elaboración teórica de la noción de autonomía en dicho Derecho. Allí se ha de partir de la idea decimonónica de instituciones autónomas, como la concreción de una primera gran corriente en la organización política federal (prusiana). Junto a la Administración imperial y la de los Estados configuradas según el modelo napoleónico, que se adoptaría plenamente tras el Congreso de Viena, había tomado cuerpo un concepto de autonomía entendida como participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y no sólo en la esfera local, sino también según una descentralización "vertical" basada en el reforzamiento del espíritu de comunidad. La noción se debe a Karl vom Stein y se plasmó en la *Städteordnung* de 19 de noviembre de 1808.

Este concepto originario experimenta una transformación fundamental durante la segunda mitad del siglo XIX. Se hace, de un lado, "antiestatal" cuando es asumido por las corrientes liberales representadas por Lorenz von Stein y por Rudolf von Gneist (el principio de autoadministración significa para ellos la fuerza de la sociedad frente al Estado); y, de otro, se convierte en una acabada autonomía de tipo corporativo, según la monumental concepción de Otto von Gierke (para la teoría corporativista, la participación de los ciudadanos "desde abajo" se traduce en el otorgamiento las libertades clásicas y, lo que es más importante, supone la existencia de funciones propias de las corporaciones que van acompañadas de

---

Estado, a los que se les otorga autonomía funcional en cumplimiento de los mandatos comunitarios (cf. SALVADOR MARTÍNEZ, cit., p. 157, nota 118, con cita de la doctrina alemana sobre el particular).

<sup>200</sup> Sobre la singular posición de autonomía del *Bundesbank*, cf. *in extenso* BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 151 ss. También SALVADOR MARTÍNEZ advierte que "el carácter excepcional del *Bundesbank* frente al resto de los organismos que forman la Administración indirecta se manifiesta en el hecho de que el Banco Central ha alcanzado prácticamente el estatus de órgano del Estado y difícilmente se le puede considerar como uno de los organismos que integran" aquella (cf. *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, cit., p. 160).

poder normativo para regular su esfera de actividades)<sup>201</sup>. A finales del siglo XIX, el positivismo de Laband y de Heinrich Rosin reorganizó las ideas anteriores, resumiéndolo con cierta simplificación, en dos nociones: autonomía de tipo político –la autoadministración ciudadana al estilo corporativo- y autonomía de carácter jurídico–concedida por el Estado como una autolimitación voluntaria, de modo que reconoce ciertos asuntos como propios y delega en cambio otras tareas estatales-, siendo así que en la primera la actuación de las entidades autónomas no está sometida a órdenes, mientras que en la segunda se actúa bajo el control gubernamental.

Esta dualidad pasa derechamente a la Constitución de Weimar, en la que por vez primera se plantea abiertamente la colisión de la forma de administración autónoma con el principio democrático. Con independencia de la respuesta de H. Peters<sup>202</sup>, la justificación quizá más conocida para explicar la existencia de estas instituciones como nacidas de *otra* legitimidad diferente fue la que ofreció Carl Schmitt con su concepto de neutralidad en sentido funcional o técnico (sobre el que se volverá seguidamente). En fin, la Ley Fundamental de Bonn asume de algún modo toda esta construcción, al encuadrar las entidades autónomas dentro del amplio mundo de la Administración indirecta.

Por lo que se refiere a la construcción de Schmitt, rebasa con mucho los límites de este trabajo. En el centro de una polémica que, con otros rasgos, sigue siendo una de las preocupaciones centrales de todo el Derecho constitucional –la cuestión de la justicia constitucional-, Carl SCHMITT construye en su obra *La defensa de la Constitución*, en estudiada antítesis al modelo kelseniano del Tribunal Constitucional austriaco como legislador negativo concentrado, toda

---

<sup>201</sup> Parece claro que es a partir de este momento cuando la idea de autonomía de estas instituciones queda fuertemente unida a la noción de “autonomía corporativa”, que tanto peso ha tenido hasta nuestros días. Ello explica que, para fundamentar otro tipo de instituciones –la actual agencia de redes o la autoridad de protección de datos- se recurra a explicaciones organizativas de otro cuño, basadas más bien en un reconocimiento legislativo previo y necesario por parte del Estado.

Por lo demás, no sólo la organización administrativa sino también la concepción política del “liberalismo” fue radicalmente distinta en Alemania prácticamente hasta la primera posguerra mundial, a diferencia de lo que sucedía en Francia, Italia, España e Inglaterra.

<sup>202</sup> Que parece recobrar cierta actualidad, en cuanto considera que la idea de administraciones autónomas no sólo no es contraria a la democracia, sino que asegura el respeto de los intereses de una concreta minoría (la representada por los ciudadanos cuyos intereses se ven afectados en ese ámbito) frente al gobierno de la mayoría [PETERS, H., *Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen*, Springer, Berlín, 1926, p. 143, *apud* SALVADOR MARTÍNEZ, cit., p. 150].

una teoría de la neutralidad constitucional, de la cual ahora sólo interesa retener lo que se refiere a neutralidad del que llama Estado económico y sus diversas formulaciones<sup>203</sup>. Por "policracia" en la economía pública entiende el citado autor el fenómeno según el cual "el desarrollo de las tendencias pluralistas, que se concentran y exteriorizan en el cuerpo legislativo, coincide con la transición al Estado 'económico'". A falta de uniformidad y coherencia en el que llama "Estado pluralista de partidos en coalición lábil", "se registra en el sector económico una pluralidad y una interferencia de sujetos en la economía pública, elementos que son muy numerosos, gozan de una amplia autonomía y son independientes unos de otros (...) La policracia de los titulares de la economía pública -añade- se construye jurídicamente, en términos esenciales, sobre la autonomía política y la administración autónoma, ante todo sobre la autonomía de los municipios".

Ello no pasaría de ser una brillante descripción de un estado de cosas que en parte puede reconocerse todavía hoy, si no fuera porque el autor desarrolló, en términos que resultaron de gran importancia práctica para el diseño de la autonomía del Banco Central, las notas jurídicas de la neutralidad como instrumento del que se sirve dicha policracia en el interior del Estado de partidos. Así, dice, los organismos que existen de este tipo -entre los que destacaba el Reichsbank, los Correos y los Ferrocarriles del Reich- son "reactivos neutrales" "consustanciales al Estado contemporáneo, y sin ellos este Estado sería imposible de imaginar, porque en realidad no existiría Estado alguno que sólo fuera un Estado pluralista de partidos". Todas estas reacciones "pueden caracterizarse en conjunto como una tentativa de realizar un Estado neutral en cuanto

---

<sup>203</sup> De su teoría de la defensa de la Constitución han solido destacarse su premisa y su conclusión, a saber: que no cabe encomendar a la Justicia la protección de la Constitución y que aquélla debe otorgarse al Presidente del Reich. Justamente en el centro de ambos razonamientos, a modo de repaso de otras formas de neutralización, Schmitt aborda el concepto de neutralidad económica que tratamos brevemente en el texto (SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, trad. M. Sánchez Sarto, pról. P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 154 ss. y 166 ss.).

Como se ha destacado en muchas ocasiones y según explica DE VEGA en el prólogo a la traducción española de la citada obra, la demoledora crítica de Schmitt al Estado liberal parte de una exhaustiva descripción de los presupuestos de este último: "desde una lógica inmanente al propio proceso de conceptualización liberal, la crítica schmittiana hubiera resultado perfectamente válida y convincente (...) Pero proclamar un juicio sobre la legitimidad de un sistema equivale a pronunciar un juicio político y no científico (...) Y es aquí donde, al convertirse en trascendente la crítica de Schmitt al modelo liberal, aparecen en toda su plenitud sus lacras y limitaciones. Lo que desde el punto de vista inmanente hay de válido y atractivo en su planteamiento, resulta ahora inadmisibile desde el punto de vista trascendente" (P. DE VEGA, "Prólogo" a la citada obra, pp. 13-14).

a los partidos políticos. Naturalmente se comprende que la palabra 'neutral', dotada de diversas acepciones (...) no significa, en principio, para nuestro objeto, otra cosa que la pugna contra las fuerzas y métodos del Estado de partidos en coalición lábil". Repasando, en fin, las acepciones negativas y positivas del término "neutralidad", incluía entre las últimas la que denominaba "neutralidad de los peritos y de los expertos", que calificaba de "actuación pericial no interesada ni egoísta" en cuanto no representaba intereses ni era exponente del sistema pluralista.

## **V. El fundamento constitucional de las Administraciones independientes en España**

### **A. La regulación económica y la protección de valores constitucionales**

§ Cuando se dice que algunas Administraciones independientes nacen para proteger ciertos derechos fundamentales –lo que se afirma hoy, a nuestro juicio, con un exceso de retórica-, en realidad se está aludiendo a justificaciones históricas y a exigencias jurídicas de muy diverso tipo.

Ya se ha visto que en el Derecho alemán y en el Derecho inglés la noción de independencia administrativa que se predica de estos entes está en relación con la idea-fuerza de la participación de los ciudadanos en la vida política. Más allá de este dato, en Alemania la protección constitucional de algunos derechos fundamentales exige la existencia de estas entidades, como sucede en el caso de la radiotelevisión pública, de las llamadas instituciones de los medios y, con singularidades, en el caso de las Universidades públicas<sup>204</sup>.

Sin embargo, en el ordenamiento francés es el legislador el que tiene la última palabra sobre la creación y articulación de este tipo de instituciones –respetando los límites impuestos por la norma fundamental-, por lo que no puede hablarse en rigor de exigencia

---

<sup>204</sup> Se trata de garantizar, respectivamente, el ejercicio real y efectivo de la libertad de radiotelevisión en el marco de los derechos y libertades de comunicación (artículo 5.1 de la Ley Fundamental de Bonn) y la libertad de investigación y docencia (artículo 5.3 de la Ley Fundamental). "Se considera –dice SALVADOR MARTÍNEZ- que la protección de esos derechos no puede dejarse en manos de los órganos políticos del Estado, *porque es precisamente frente a ellos, aunque no sólo, frente a quienes se quieren garantizar*" (cf. *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, cit., p. 160).



constitucional de su creación. En efecto, en Francia, el Consejo Constitucional ha concebido a las autoridades independientes como una garantía para los derechos fundamentales, si bien precisando que se trata de una garantía establecida libremente por el legislador, dado que su creación no viene reclamada constitucionalmente (cf., respectivamente, las decisiones de 26 de julio de 1984 sobre la *Haute Autorité de la communication audiovisuelle* [HACA] y de 18 de septiembre de 1986 sobre la *Commission nationale de la communication et des libertés* [CNCL]).

§ En el caso de España, sucede algo similar y se ha de partir de la idea puesta de relieve por T. R. FERNÁNDEZ, cuando afirma que es indispensable que “la neutralización venga exigida por la realidad, avalada por un apreciable consenso social y que se sustente en algún valor constitucionalmente relevante”<sup>205</sup>.

En este último sentido, puede decirse que la protección de algún valor constitucional está en juego cuando se quiere proteger a los ciudadanos, en su conjunto o de un determinado sector económico, frente a las actuaciones del Estado. Esta idea conecta con la atribución de cierta separación orgánica a entidades que intervienen decisivamente en la vida económica, como el Banco de España o la CNMV: “no porque se rechace la política [económica] del Gobierno en cuanto tal –dice BETANCOR respecto del primero– sino porque la posición contradictoria del Gobierno respecto del control del crédito no es la más adecuada para que su actividad sea objetiva y profesional”; y por lo que hace a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, su independencia “obedece, más que al rechazo de una supuesta intervención o dirección política del sector (que en todo caso no ha desaparecido, pues el Gobierno y el Ministro de Economía y Hacienda se reservan importantes competencias en cuanto a la ordenación del mismo), al rechazo a la confusión orgánica que se produciría de admitirse que el principal emisor de títulos valores (...) sea, al mismo tiempo, el encargado de la supervisión del mercado”<sup>206</sup>.

▲

---

<sup>205</sup> Cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre las llamadas Administraciones independientes”, en VVAA, *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, cit., p. 438 (subrayado nuestro).

<sup>206</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, cit., pp. 143 y 174.

Aún más apreciable es esta protección en el caso de la energía nuclear y, muy destacadamente, en el ámbito de la protección de datos de carácter personal, único en el que puede hablarse en rigor de un derecho fundamental conforme a la jurisprudencia constitucional (cf. ampliamente lo que se dice *supra*, en el Capítulo VIII).

De todo lo que se ha visto hasta ahora puede deducirse que, conforme a la idea que por primera vez desarrollara SALA ARQUER, las Administraciones independientes españolas siguen respondiendo al doble y fundamental impulso de cumplir con la tarea cada vez más compleja de la regulación económica, y servir al mismo tiempo –y en algunos casos, de forma predominante (AEPD)- para proteger ciertos derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos.

La dualidad obedece también al modo en que, en la práctica, se ha desenvuelto la Administración en el Estado contemporáneo, de modo que estas entidades vienen a ser como el reverso de alguna de las quiebras políticas que se aprecian en aquél. Con agudeza observa a este respecto SANTAMARÍA PASTOR que el “modelo unitario de Administración está evolucionando en los últimos decenios hacia un sistema fragmentado en el que, además de un ámbito creciente de autonomía a las entidades territoriales, están haciendo aparición de un modo empírico un conjunto de organismos y entidades a los que se confía el desempeño de *funciones estatales típicas*, antes desarrolladas de modo directo y jerarquizado por la Administración centralizada, pero a los que se diseña y regula precisamente para asegurarles un cierto nivel de funcionamiento independiente respecto del Gobierno y de esta Administración [unitaria]”.

Añade que el fenómeno se debe en parte, en la Europa continental, “a las *disfunciones* notorias y a la consiguiente insatisfacción generada por el Estado de partidos. De una parte, la supeditación de cualquier objetivo político al de conquista o mantenimiento de la titularidad del poder gubernamental ha llevado a los partidos a manipular en su propio provecho algunas de las libertades públicas con mayor incidencia en el juego electoral (principalmente, la libertad de información, a través del empleo partidario de los medios de comunicación de propiedad pública). De otra, el intento de reforzar el poder político con una adecuada configuración de los recursos económicos privados ha llevado

igualmente a regulaciones de los principales sectores productivos dirigidas a permitir su manipulación u orientación en función de las conveniencias del partido que ostentaba el poder en cada momento. Una y otra disfunción han hecho patente la necesidad de 'neutralizar' políticamente estas manifestaciones de la actividad administrativa, confiándolas a instituciones dotadas de independencia frente al Gobierno"<sup>207</sup>.

### **B. "Función social" de la actividad de estas entidades**

La anterior descripción de funciones ha sido teorizada con acierto, en nuestra opinión, por BETANCOR RODRÍGUEZ<sup>208</sup>. Se plantea este autor la pregunta "¿por qué ciertos entes administrativos han de ser independientes?" y responde: porque existen determinados sectores en los que aquéllos tienen "una función social que cumplir".

En determinados ámbitos de la vida económica tiene que darse una autonomía técnica -todo lo que hemos venido llamando neutralización-, en una relación de proporcionalidad inversa con el poder de dirección del Gobierno -"a menor intensidad ordenadora general, mayor será la importancia de la supervisión"- y cuyo funcionamiento esté regido por criterios de eficacia -lo que exige la ausencia de confusión orgánica, como antes se ha explicado.

Esta independencia, en apariencia tan aséptica, responde sin embargo a razones bien concretas, que pueden ser agrupadas en razones sectoriales y funcionales.

Las *razones que impone el sector* se aprecian, a su vez, en un triple orden: los agentes, las actividades y la cualidad de los intereses en presencia. Los agentes son poderosos, bien sean de naturaleza pública o privada. En todos los sectores estudiados existen grupos empresariales considerables (la protección de las libertades es, pues, en primer término para los agentes del sector; pero es también y sobre todo para los ciudadanos que entran en contacto con la actividad de aquéllos: los depositarios, los inversores, los titulares de datos...). Aquí "la independencia se presenta -dice BETANCOR- como la

---

<sup>207</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, 1ª ed., Iustel, Madrid, pp. 726-728 (cursivas nuestras).

<sup>208</sup> Cf. *in extenso* su obra *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 214 ss.

solución organizativa para *separar intereses*, incluso intereses públicos contrapuestos”.

La actividad es altamente técnica, dinámica, dotada por lo común de gran complejidad y trascendencia y –por esto último- suele estar en el centro de la presión liberalizadora o desreguladora (o, por el contrario, interventora: no importa tanto el sentido de la intervención como el hecho de que son sectores no indiferentes al poder público). Hay en ellos procedimientos técnicos refinados, se crean mercados propios y, en definitiva, se mueven en el mundo de la llamada regulación (cf. ampliamente la parte segunda de este trabajo).

Por último, los intereses son tanto públicos como privados. De hecho, la distinción entre público y privado se difumina en gran parte. El interés que persigue la Administración no es uno típicamente público, en el sentido de desinteresado, sino otro hasta cierto punto “tan *extraño* como el interés de los agentes privados del sector”, dice Betancor (la extrañeza radica paradójicamente en la circunstancia de que es *propio* o *particular*). Es más, los intereses públicos pueden estar enfrentados (vg. en el sector financiero el del Banco de España con el del Gobierno; o según las diversas racionalidades presentes en los ámbitos territoriales nacional, europeo, etc.). Esta contraposición de intereses “tiene el añadido de que no puede resolverse sobre la base del desconocimiento de alguno de los intereses”. En otras palabras, el juego no es el de enfrentamiento de intereses al modo parlamentario, sino el de la toma en consideración de los diversos aspectos implicados. El Derecho de la Competencia ofrece claros ejemplos acerca de este tipo de poder de decisión: ciertas autoridades tienen competencia para decidir sobre el aspecto *técnico*, pero la decisión *política* puede venir atribuida a un órgano que tenga en cuenta estos y otros criterios.

Junto a todas las anteriores, *las razones que se llaman “funcionales”* lo son justamente en el sentido de la función que corresponde al Derecho. En este engranaje de intereses, la misión que Betancor denominaba de “supervisión” (y que hoy mayoritariamente se llamaría de regulación) ha de hacerse con la mayor eficacia jurídica y respetando los bienes de relevancia constitucional, e incluso derechos fundamentales, que puedan estar implicados. Lo primero remite a la decisión del legislador para

instrumentar aquellas soluciones que tengan en cuenta los principios de los artículos 103 y 106 de la Constitución, y entre ellos el de eficacia.

Lo segundo significa que la actuación de estas Administraciones independientes se justifica siempre –puede decirse que se legitima, aunque luego se volverá sobre este punto- porque velan en su actuación por la garantía de algún bien constitucional, partiendo en todo caso de lo dispuesto por el legislador. La actuación del CSN responde al fin de la seguridad nuclear (instrumental, a la vez, de bienes constitucionales como la integridad física o la salud: artículos 15 y 43 de la Constitución); la del Banco de España vela por la solvencia del crédito (instrumental respecto de la estabilidad económica: artículo 40), la de la CNMV por la transparencia del mercado de valores (que puede reconducirse a la protección de los inversores como usuarios de tal mercado: artículo 51), etc.

Componiendo ambos parámetros, dice Betancor que resulta esencial en estos casos la “razonabilidad de la independencia en determinados sectores”: no sólo que la fórmula organizativa y de actuación sea adecuada, sino la más adecuada.

Por nuestra parte, entendemos que el acento ha de ponerse no tanto en la calidad y adecuación de este servicio (exigible conforme a los citados principios), como en la intensidad del control que resulta exigible a estas entidades en su actuación y en una cierta recuperación de la idea de participación ciudadana.

### **C. Crisis de la legitimidad-eficacia y respuesta al choque con ciertos principios del Estado social y democrático de Derecho**

Las ideas anteriores conectan ampliamente con la cuestión del tipo de legitimidad que ostentan estas entidades, a falta de una legitimidad democrática directa. No interesa ahora terciar en este antiguo debate, a propósito del artículo 97 de la Constitución: se entiende que hay que hacerse cargo actualmente de esta realidad en las formas de organización administrativa, sin dejar de preguntarse por su mejor encaje constitucional en relación con el Gobierno (lo que se hará en el siguiente apartado).

Debe, en cambio, resaltarse, en primer lugar, lo referente a la legitimidad jurídica de estas organizaciones en el *Estado social de*

*Derecho* (artículo 1.1 de la Constitución). El punto de partida es, indudablemente, el del doble cambio experimentado por éste en su relación con el Estado de Derecho propio de la etapa liberal. Frente a la racionalidad jurídico-objetiva del Estado liberal, al estilo de Max Weber, parece implantarse la legitimidad-eficacia del Estado social. GARCÍA PELAYO lo advirtió magistralmente al tratar de la crisis de la ley en el Estado social, que obedece en esencia a la idea de racionalidad de nuestro tiempo, la "razón instrumental, funcional, sistémica, operacional, etc., que desconoce un orden racional objetivo y para la cual no hay más que racionalidades subjetivas". Con arreglo a ella, es racional "aquello que, dada una relación más o menos compleja entre fines y medios, sirve para lograr un objetivo". En su virtud, llega a decir que "tanto el crecimiento de los poderes de la tecnoburocracia como la intervención de las organizaciones en el proceso estatal se sustenta en un nuevo principio de legitimidad inherente al Estado 'manager' y que si no rigurosamente proclamado no es por eso menos sentido. Nos referimos a la eficacia como principio de legitimidad, es decir, a la capacidad efectiva para satisfacer las demandas crecientes que le plantea la sociedad"<sup>209</sup>.

El segundo giro fue advertido con la misma brillantez por el citado autor. Se trata del cambio que experimenta el Estado en relación con las organizaciones que operan en su interior, y que puede ser descrito con estos rasgos: "i) La presunción de que existe una relación básica de retroalimentación entre los intereses públicos, a cargo del Estado, y los intereses sectoriales de los que son gestores las organizaciones extraestatales. ii) La legitimidad de la existencia autónoma de estas organizaciones, en virtud de su funcionalidad, para satisfacer las necesidades sociales, pues –a diferencia de otros sistemas- importa más *the principle of performance* que *the principle of authority* (...) En resumidas cuentas, se constituye un solo sistema que incluye el subsistema estatal y el de las organizaciones extraestatales, en el que todos los términos se implican entre sí, de modo que, como hemos dicho más arriba, se produce un proceso de sistematización progresiva, pero de carácter descentralizado y, por tanto, de poder difuso, frente a la sistematización centralizada, en la

---

<sup>209</sup> Cf. respectivamente GARCÍA PELAYO, M., "El Estado social y sus implicaciones", en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 1ª reimp. 2ª ed., Alianza, Madrid, 1987, p. 63 e *idem*, "Las organizaciones de intereses y la teoría constitucional", *ibidem*, p. 132.

que una sola parte condensa la totalidad del poder para la operacionalización del sistema”<sup>210</sup>.

Al tratar de las Administraciones independientes sobre los anteriores fundamentos, BETANCOR ha hecho suyas en buena parte estas ideas –la segunda de las cuales encuentra su exponente clásico en la teoría de sistemas de Niklas Luhmann– para concluir que “al debilitarse el Derecho (y la racionalidad jurídica), la legitimidad jurídica debe *compensarse* con otras legitimidades; entre esas otras legitimidades (...) destaca el *consenso* de los operadores del sector” (aunque advierte después del riesgo en el que puede caer esa sustitución de legitimidad, la captura por los intereses regulados)<sup>211</sup>.

Frente a una argumentación de este carácter, entendemos que debe profundizarse en lo que significa la legitimidad material del Derecho en el Estado de nuestros días, puesto que la legitimidad-eficacia no se basta a sí misma. Un intento acabado de describirlo, que puede servir para explicar también el fenómeno de las Administraciones independientes como típico de una fase postrera del Estado de partidos, es el que ha llevado a cabo Martin KRIELE en su *Introducción a la Teoría del Estado*<sup>212</sup>. Frente a la legitimidad formal de Max Weber<sup>213</sup> y la legitimación mediante el procedimiento de Luhmann, que en su último extremo comporta la disolución de la normatividad en lo fáctico, defiende una recuperación de la legitimidad material como “el motor que impulsa a la historia universal desde el comienzo de la época moderna”: “sólo a partir de la comprensión de las razones en que se basa una ley, puede ésta ser interpretada y desarrollada, pueden llenarse las lagunas y proponerse nuevos proyectos de ley, etc. *Pero también el Estado en su totalidad y sus instituciones constitucionales sólo pueden ser comprendidos si*

---

<sup>210</sup> Cf. GARCÍA PELAYO, M., “Sociedad organizacional y sistema político”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., p. 117.

<sup>211</sup> Cf. BETANCOR RODRÍGUEZ, cit., p. 242 (subrayado en el original).

<sup>212</sup> KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. Eugenio Bulygin ed. Depalma, Buenos Aires 1980, pp. 35 ss.

<sup>213</sup> “La racionalidad formal se caracteriza, según él, por notas generales unívocas que se expresan o bien en una acción perceptible por los sentidos (firma, apretón de manos), o bien en regulaciones abstractas (leyes) [...] Aboga por el tipo formal-racional de la creación y aplicación del Derecho, a saber por las regulaciones abstractas (leyes) y la aplicación estricta del Derecho por medio de la subsunción y aboga al mismo tiempo contra la influencia de la racionalidad material en el Derecho positivo” (cf. KRIELE, cit., p. 37, con cita a su vez de Max WEBER, *Economía y Sociedad*).

se conocen las razones en que se basan. Se los puede criticar y reforzar, si se conocen estas razones”<sup>214</sup>.

Una recuperación de este tipo de legitimidad jurídica, racional en el sentido material que alude a la “justificabilidad” de las instituciones, nos parece que puede servir de fundamento a la explicación de estas entidades. No obstante, interesa más la comprensión de cómo se articula su actividad cuando parece chocar con principios jurídicos asentados en el Estado de Derecho.

Se dice, así, que la existencia de estas organizaciones, integradas en la Administración de forma independiente (del Gobierno), es contraria al *principio democrático*.

En el Derecho alemán se ha estudiado con cierto detenimiento este problema, a propósito de las llamadas instituciones autónomas. Se diferencia allí entre dos “diversas formas de legitimación y control del ejercicio del poder público: la legitimación organizativa y personal, relativa a la existencia y constitución de un órgano y que se hace realidad con el establecimiento de una cadena de nombramientos, que partiendo de los ciudadanos debe alcanzar a todos los poderes públicos; y la legitimación sustantiva o material, dirigida a que el ejercicio del poder, en su contenido, pueda imputarse a la voluntad del pueblo, para lo cual se establece, por un lado, el principio de legalidad y la vinculación a la ley, y, por otro, un sistema de instrucciones u órdenes y de exigencia de responsabilidad política en la cadena de nombramientos, la cadena de legitimidad. *Entre estos dos [últimos] mecanismos puede producirse una compensación, es decir, si falta responsabilidad política y dependencia de órdenes debe fortalecerse la vinculación a la ley, y viceversa*. Lo que no es tan claro es que pueda producirse una compensación entre la legitimación personal y la material”<sup>215</sup>.

Como se verá, la cuestión ha sido planteada por extenso y con argumentos muy similares a los que se acaban de reproducir por el

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>215</sup> Cf. SALVADOR MARTÍNEZ, *cit.*, p. 183, con cita –para la frase subrayada por nosotros– de E. W. BÖCKENFORDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, en Isensee/Kirchhof: *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, vol. I (2ª ed.), pp. 887 ss.

Otra distinción que puede resultar interesante, a estos efectos, es la existente entre legitimidad formal y legitimidad social en los sistemas democráticos, tal como la entiende Joseph H. H. WEILER, “La transformación de Europa”, pp. 103-113, trabajo recogido en *Europa, fin de siglo* [prol. F. Rubio Llorente; trad. M. A. Ahumada Ruiz], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.



Gobierno de Alemania, con motivo del recurso interpuesto por la Comisión Europea y el Supervisor Europeo de Protección de Datos contra la regulación alemana, que confería al Gobierno ciertas formas de control de la legalidad de la actuación del Delegado federal para la protección de datos y la libertad de información. Razonaba el Gobierno alemán que era "absolutamente necesario un mayor control de la legalidad de su actuación mediante instrumentos de control de la legalidad o del fondo".

Sin embargo, la STJUE de 9 de marzo de 2010 consideró que dicha forma de influencia era contraria a la independencia exigida por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. En efecto, dijo que "este tipo de autoridades administrativas independientes, que también existen en el sistema jurídico alemán, ejercen con frecuencia una función reguladora o de otro tipo que exige que deban estar *protegidas de la influencia política*, sin dejar por ello de estar sujetas a la ley, bajo al control del juez competente". Pero ello no es óbice para que deban quedar al resguardo de toda influencia gubernamental, ya que "el hecho de conceder a las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el sector no público un *estatuto independiente de la Administración general* no priva, por sí mismo, a dichas autoridades de su legitimidad democrática".

#### **D. Dirección gubernamental y autonomía de las Administraciones independientes**

##### *1. Formas limitadas de independencia personal y establecimiento de autonomía funcional*

§ Si la autonomía personal es hoy uno de los rasgos consagrados de las Administraciones independientes –aunque dicha autonomía signifique causas tasadas de remoción y no auténtica independencia de hecho con la consiguiente inamovilidad<sup>216</sup>–, el otro

---

<sup>216</sup> La neutralización no se equipara por lo general a independencia respecto del poder político (Gobierno, Parlamento), sino a separación o alejamiento de éste, con una doble consecuencia: no sumisión a órdenes e instrucciones del Gobierno y cambio respecto de la forma de control –relajación del control político, intensificación en algunos casos del jurídico–, como se ve a continuación.

aspecto que completa la vertiente negativa de la independencia, como dice BETANCOR, es el que se refiere a su autonomía funcional. Ésta lleva consigo la prohibición de impartir a estas entidades órdenes e instrucciones, recogida en el plano legal para todas ellas, y plantea la necesidad de estudiar cuál sea el poder de dirección que se ha de reconocer al Gobierno.

§ Sobre las fórmulas de independencia personal, debe decirse que –descartada la autonomía orgánica en sentido propio– aquélla se procura de diversas maneras, partiendo de las técnicas limitadoras de la discrecionalidad de nombramiento que enumerase en su momento JIMÉNEZ DE CISNEROS de forma típica: exigencia de pluralismo en las instituciones de nominación, observancia de ciertos requisitos de capacitación profesional, imposición del principio de colegialidad en la toma de decisiones, establecimiento de un plazo de duración del mandato o de una serie de causas tasadas de destitución<sup>217</sup>. “Realmente todas estas técnicas –comenta PARADA– se reducen a condicionar la potestad del Gobierno para el nombramiento o destitución, pues la incondicionalidad del nombramiento y, sobre todo, de la destitución es lo que hace que dichos organismos obedezcan o no al 100 por 100 las directrices, el *indirizzo politico*, del Gobierno o, simplemente, sus mandatos pues si no lo hacen sus directivos serán cesados y sustituidos por otros. En las Administraciones independientes sus directivos están blindados frente

---

Por lo demás, se ha hecho algún intento de equiparar la autonomía de estos entes con la independencia en sentido estricto. Entre nosotros, Betancor, partiendo del acabado estudio que hiciera De Otto sobre la significación de la independencia judicial, trató de trasladar algunas de sus notas características a la actuación de los miembros que forman parte de las Administraciones independientes (según la distinción de I. DE OTTO entre independencia *jurídica* y *de hecho*, significando la primera la prohibición de todo tipo de instrucciones y la segunda la autonomía personal en el máximo grado: cf. DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, pp. 57 ss.). Sin embargo, se acaba reconociendo que no cabe hacer tal traslación por tratarse de exigencias constitucionales bien diversas: independencia constitucionalmente garantizada y protegida, mediante estatuto específico, a los miembros del poder judicial, en el primer caso (en particular, la independencia *de hecho*, que supone para los jueces la garantía de inamovilidad y la reforzada incompatibilidad para afiliarse a partidos políticos o sindicatos, no se da en el personal de estos entes); conveniencia de funcionamiento autónomo de algunas formas de administración –que es auténtica exigencia constitucional cuando se trata de proteger derechos fundamentales–, en el otro (cf. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 189-194).

<sup>217</sup> JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J., *Los Organismos Autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987; citado *apud* PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, t. II, *Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, <sup>20</sup>2008, p. 262.

a la jerarquía del Gobierno y por ello pueden desconocer sus órdenes y directrices sin el riesgo de ser cesados”<sup>218</sup>.

Así, junto a la no sujeción a instrucciones a la que se alude posteriormente, la LES ha consagrado estas limitaciones tanto en el nombramiento y mandato de los miembros de los consejos de organismos reguladores, como en lo que relativo a las causas de cese en el ejercicio de sus cargos del presidente y consejeros [artículos 13, en sus dos apartados, y 16, apartado f)], disponiendo al respecto lo siguiente:

“El Presidente y los Consejeros serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos. La comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado.

El mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección como miembro del Consejo. La renovación de los Consejeros se hará parcialmente para fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo.

(...)

El Presidente y los Consejeros cesarán en su cargo: (...) Mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés, y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio competente”.

§ En lo que hace a la posición gubernamental y al contrapeso de la autonomía de estas entidades, se ha de precisar ante todo que dicha dirección no es una relación de jerarquía *stricto sensu*, pues falta uno de los presupuestos tradicionales de tal forma de relación, el que exige la “idéntica competencia material” de los sujetos relacionados<sup>219</sup>. Se trata más bien de un poder de dirección, como

<sup>218</sup> Cf. PARADA VÁZQUEZ, R., *ibidem*.

<sup>219</sup> En rigor, falta en primer lugar una relación entre órganos —a la que legalmente queda ceñida esta categoría— y es dudoso que pueda aplicarse en relaciones intersubjetivas. Por lo demás, la nota que se menciona en el texto se enunciaba así por J. A. GARCÍA-TREVILANO FOS: “idéntica competencia material de determinados órganos subordinados por razón de grado”, junto al otro presupuesto configurador: “voluntad superior que prevalezca sobre la del inferior, en relación con el mismo objeto” (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, vol. I., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 428).

uno de los que integran las relaciones de supraordenación, caracterizado según M. S. GIANNINI porque la autoridad superior no tiene el poder de ordenar, sino un poder directivo y un poder de control<sup>220</sup>. En el primero reconoce BETANCOR la posibilidad de impartir directivas, que no podrán llegar a ser instrucciones ni órdenes de servicio en el sentido del artículo 21 LRJAP; en el poder de control, se incluye una cierta supervisión de la legalidad, que hoy no puede llegar a la configuración de un recurso de alzada.

Todo ello lleva a concluir a este último autor que existe un poder de dirección del Gobierno sobre estas Administraciones, las cuales podrán realizar un amplio juicio de adaptación de las directivas gubernamentales (por lo general, normativas) según los fines técnicos que tengan encomendados. Así, el Gobierno dirigirá usualmente a estos entes a través de sus reglamentos, constituyendo una "dirección objetivada en normas". En este caso, el juicio de adaptación "será, en puridad, un juicio de ejecución objetiva de normas". Lo cual se hace patente en la exigencia de la doble habilitación normativa, de modo que las Administraciones independientes deberán estar a las disposiciones dictadas por el Gobierno. Ahora bien –concluía BETANCOR–, ello supone también la obligación de que la norma que sirve de parámetro de la legalidad no se exceda llegando a ocupar el espacio propio de la supervisión: "Buena confirmación de lo que sostenemos es precisamente lo dispuesto en la LRPBSC que limita el contenido de los Reglamentos del Gobierno a la formulación de criterios generales, límites máximos o mínimos, o intervalos de valor, para así ampliar el ámbito de la potestad del BE y sortear su carácter subordinado respecto de la Gobierno y del Ministro, *porque una norma reglamentaria del Gobierno excesivamente detallista condicionaría sobremanera la actividad del BE, y, consiguientemente, reduciría su independencia para aplicar criterios técnicos en la supervisión del sector bancario*"<sup>221</sup>.

En definitiva, la dirección del Gobierno "sólo es legítima si se ajusta a la Ley, en el sentido de: i) permitir un amplio margen de

---

<sup>220</sup> GIANNINI, M. S., *Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1992, trad. de la 2ª ed. italiana publicada por Giuffré, Milán, 1988, vol. I, p. 300.

<sup>221</sup> Cf. BETANCOR RODRÍGUEZ, cit., p. 201.

apreciación (juicio de adaptación) para su instrumentación técnica y ii) ser compatible con la función legalmente atribuida al ente”<sup>222</sup>.

Desde la vertiente positiva, esto es tratando de concretar el grado de autonomía del que gozan estas Administraciones, sostiene este autor que no se trata desde luego de una relación de instrumentalidad, como es obvio, y que debería encajarse materialmente en la categoría de los entes que desempeñan una labor de regulación social, como antes se ha explicado por extenso. Se trata, en fin, de una autonomía valorativa –por contraposición a la simplemente operativa–, toda vez que se reconocen a estos entes fines propios, “incluso distintos a los fines públicos a los que sirve la Administración” (afirmación esta última que parece debe entenderse respecto de la Administración departamental; o quizá en el sentido de que no se trata de fines tradicionales del sector público sino de actividades que pueden colocar a la Administración en el papel de sujeto también sometido a determinada regulación: p. ej. la de los ficheros públicos de protección de datos).

Lo que esencialmente interesa retener es que “se conserva la dirección del Gobierno pero se flexibiliza tanto como sea posible (...) para que el ente pueda cumplir el objetivo establecido en la Ley (...). Las AAI [Administraciones independientes], en nuestro Derecho, *son tan independientes como lo permitan, por un lado, la dirección del Gobierno y, por otro, el desarrollo de la competencia que tiene atribuida por la Ley como propia para garantizar la efectividad de los bienes cuya salvaguardia le fija*. Esto es posible porque la dirección de la Administración por el Gobierno se debe realizar en el ámbito de la Ley”.

Puede decirse que la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) ha venido a significar una profundización en ambos aspectos, respecto de los que llama organismos reguladores (como después se ve con más detalle: CNE, CMT, Comisión Nacional del Sector Postal y en ciertos aspectos Comisión Nacional de la Competencia). De un lado, por lo que hace al objeto de su actuación, el artículo 10 precisa en el primer inciso de su apartado 1 que “los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y

---

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 202.

prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios”.

Por otra parte, que para el cumplimiento de esta misión se les asigna precisamente su autonomía funcional, deriva hoy en términos claros de lo dispuesto por el artículo 9.2 de la misma Ley, que establece la siguiente regla: “En el desempeño de las funciones que les asigna su legislación específica, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”.

## *2. El otorgamiento de funciones y potestades*

§ En esta perspectiva, se sitúan las competencias reconocidas y las potestades otorgadas por la ley a las Administraciones independientes.

Ante todo, la competencia como ámbito legal de actuación depende de su caracterización última como entes de supervisión o, como ha de decirse hoy en algunos casos, como organismos reguladores. El matiz cobra actualmente toda su importancia pues significa una autonomía concedida en su mayor grado. Como lo expresara BETANCOR, “no son entes de supervisión puros pues tienen el poder, más o menos amplio, de fijar, en ejecución de lo establecido en la Ley y en otros Reglamentos [distintos de los aprobados por ellas], el propio parámetro de su vigilancia y corrección (...). Pero no cabe duda –a nuestro juicio- de que todas las funciones giran alrededor de la supervisión, inclusive la regulación normativa, pues su finalidad es la elaboración del parámetro normativo de la supervisión”<sup>223</sup>.

A su vez, la forma de la supervisión es eminentemente prudencial, esto es más de vigilancia que de corrección, como corresponde cada vez más a un Derecho de la regulación que opera *ex ante*, dejando las intervenciones de control posteriores al juicio del

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 247.

Derecho de la competencia<sup>224</sup>. A ello se refiere justamente el último inciso del artículo 10.1 LES, antes transcrito: “Con tal fin [el de velar por el adecuado cumplimiento del respectivo sector económico], los Organismos Reguladores preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia”.

§ En orden al desempeño de estas competencias –y de las que, con carácter mucho más concreto, les confiere su legislación específica- se atribuyen también por ley una serie de potestades. En términos generales, hoy hace referencia a ello el artículo 10.2 de la citada LES: “Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, los Organismos Reguladores ejercerán, según disponga su normativa sectorial, las funciones de supervisión, otorgamiento, revisión y revocación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, resolución de conflictos entre operadores, arbitraje en el sector y aquellas otras que les atribuya la Ley”.

Por lo que hace concretamente al poder reglamentario, su reconocimiento se produce –como el de las restantes potestades- en el ámbito de la ley; más precisamente, como dice el artículo 97 de la Constitución, “de acuerdo con la Constitución y las leyes” (cláusula que se ha dotado de un preciso significado por parte de la doctrina, como se verá). Como apunta BETANCOR, si bien el problema de la justificación de la potestad reglamentaria –su entendimiento como

---

<sup>224</sup> Lo anterior suscita el tema, en el que se no puede entrar ahora en toda su amplitud, del replanteamiento de gran parte de las técnicas tradicionales de intervención del Derecho administrativo –de modo destacado, la autorización- a raíz de la protección de las prácticas competitivas en el Derecho de la Unión Europea. Además de la limitación de los poderes de intervención a los que operan con carácter preventivo, hay que tener en cuenta el criterio cada vez más extendido en la jurisprudencia del TJUE, consagrado casi como principio en el plano legislativo por la Directiva Bolkestein, según el cual la técnica autorizatoria sólo debe operar en los casos en que lo justifique una afectación relevante del interés general.

En los términos del artículo 6 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio: “Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general”.

parte de la autonomía de las Administraciones independientes- puede entenderse definitivamente resuelto con la STC 135/1992, quedan en pie todavía hoy muchos “otros problemas jurídico-constitucionales relativos a las condiciones para el desempeño legítimo de este poder por estas instancias”<sup>225</sup>.

Es de notar, respecto a la potestad normativa, que la LES renuncia a construir una disciplina general de ella –ni siquiera común a los reguladores de los que se ocupa- remitiendo en cada caso a la legislación específica. Sólo en su artículo 12 al tratar de las funciones del Consejo de cada organismo regulador, se refiere al carácter indelegable, “si las tuviere atribuidas”, de “las funciones de arbitraje y a potestad de dictar instrucciones de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión en cada caso” (apartado 1 *in fine*); haciendo referencias posteriores en su articulado que dan por supuesta la existencia de tal tipo de poderes: así, al referirse a la obligada publicación de sus disposiciones y a la necesaria publicidad de “la preparación y tramitación de las normas cuya aprobación les corresponda, así como, en su caso, de las propuestas normativas que deban formular” [artículo 20.1, primer párrafo y apartado h), LES]<sup>226</sup>.

### 3. Las diversas formas de control

§ Finalmente, el círculo de problemas constitucionales que suscitan este tipo de entidades se cierra con lo relativo a las formas de control que sobre ellas pueden ejercer el Gobierno y las Cámaras, aparte –claro está- de la existencia del control jurisdiccional sobre su actividad (tanto este último como los controles de legalidad por el Gobierno que subsisten respecto de ciertos actos del Banco de España y la CNMV se abordarán en el Capítulo XII, al hilo del control sobre los reguladores).

En lo restante, la dirección del Gobierno, real pero modulada, es susceptible de tener implicaciones también en la cuestión de la

---

<sup>225</sup> Cf. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 255.

<sup>226</sup> El citado dictamen del Consejo de Estado número 215/2010 advirtió a este respecto que: “El apartado 2 de este artículo [10] hace referencia a las funciones que ejercen los organismos reguladores, en los términos en que disponga ‘su normativa sectorial’. Dado que algunos organismos reguladores cuentan, según sus normas sectoriales, con la posibilidad de dictar circulares, acaso podría hacerse referencia a esta potestad en este apartado”.



responsabilidad política: “se traduce en el ejercicio de una competencia exclusiva de acuerdo con sus fines propios (...), apreciados y gestionados según la política que consideren como la más adecuada para conseguir su satisfacción, bajo su responsabilidad incluso política”. Aunque “dicha modulación no impide seguir considerando al Gobierno como responsable político del sector ante las Cámaras parlamentarias”; lo que sucederá excepcionalmente: “el Parlamento podrá exigir responsabilidad al Gobierno por la gestión de estos entes, pero sólo en caso de una gestión contraria a la legalidad y no acompañada de la remoción de su personal directivo, no obstante la posibilidad de recurrir dichas decisiones antes los Tribunales”<sup>227</sup>. Ya se ha visto antes que éste es un aspecto directamente ligado al fundamento de la legitimidad de estas entidades, de forma que a mayor otorgamiento de independencia (si se quiere, ante el defecto de responsabilidad política o la ausencia de instrucciones), ha de establecerse también un reforzamiento del control.

§ Una ponderación de eficacia similar, aunque de signo inverso, es la que parece haber llevado a cabo, por último, la LES, la cual, al tiempo que refuerza la independencia funcional y disminuye los controles jurídicos (supresión del recurso de alzada impropio de la CNE: véanse los Capítulos VIII y XII al respecto), se muestra partidaria de establecer “nuevos mecanismos de rendición de cuentas, a través de la comparecencia del Ministro proponente y de los candidatos a Presidente y a Consejeros del organismo regulador ante el Parlamento y de la elaboración de un informe económico sectorial y un plan de actuación del organismo”. Este control parlamentario se prevé hoy –para la CNE, CMT, Comisión Nacional del Sector Postal y Comisión Nacional de Competencia- por el artículo 21 de la LES en estos términos:

“1. Los Presidentes de los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de la Competencia deberán comparecer con periodicidad al menos anual ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro.

2. Las comparecencias anuales estarán basadas en las memorias anuales de actividades y los planes de actuación de los Organismos y servirán para el examen anual de los Organismos por parte de la Cortes Generales.

---

<sup>227</sup> *Ibidem*, pp. 209-210.

3. Sin perjuicio de su comparecencia anual, el Presidente comparecerá ante la Comisión correspondiente del Congreso o del Senado, a petición de las mismas en los términos establecidos en sus respectivos Reglamentos.
4. Cada tres años habrá una comparecencia especial para debatir la evaluación de los planes de actuación y los resultados obtenidos por los Organismos”.

### **E. Su encaje en la Administración institucional**

#### *1. Las personificaciones de régimen singular en la LOFAGE y los organismos reguladores en la Ley de Economía Sostenible*

§ Desde el punto de vista del Derecho de la organización, el encuadre de estas entidades tiene lugar en la llamada Administración institucional o de base fundacional, por contraposición a la corporativa o de base asociativa. No se trata, empero, de personificaciones instrumentales de la Administración Pública, pues el rasgo que las distingue consiste en su régimen autónomo o independiente, “justamente opuesto a la relación de estricta dependencia e instrumentalidad”<sup>228</sup> respecto de un Departamento en concreto.

Históricamente, las normas sobre el régimen jurídico de los entes públicos de carácter institucional intentaron contener y regular el proceso de proliferación de dichas entidades producido desde el primer tercio del siglo XX, cuyas causas respondían según GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>229</sup> a tres grandes factores: en un primer momento, a sus efectivas necesidades de gestión, que requerían una especialización y una técnica separadas; en segundo lugar, a un efecto financiero deliberadamente buscado: una autonomía financiera que viniese a excepcionar el llamado principio de universalidad de los Presupuestos Generales del Estado (un presupuesto, una caja, una cuenta); y en fin, a una también buscada “huida” del Derecho Administrativo común, según la extendida expresión de CLAVERO ARÉVALO, es decir una actuación de estos entes sometida según sus propios estatutos a un *ius publicum singulare* o bien a la jurisdicción privada.

---

<sup>228</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., p. 709.

<sup>229</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, t. I, 9<sup>o</sup> 1999, pp. 391-396.

Haciendo abstracción de las anteriores regulaciones legales que trataron de ordenar su régimen (en especial, la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y la Ley General Presupuestaria de 1977, en cuyo artículo 6.5 se encuadraban los llamados por GARCÍA-TREVIJANO FOS “entes apátridas”), la LOFAGE vino a establecer una cierta racionalización del panorama de los entes públicos existentes en nuestro Derecho, en el ámbito de la Administración General del Estado, con la previsión de dos grandes tipos de organismos públicos, los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales. Posteriormente, el cuadro de los organismos públicos estatales se ha completado mediante la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, que configura a dichas agencias, por lo que ahora interesa, como “entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión” (artículo 2.1). La disposición final primera de la Ley 28/2006 modificó, a su vez, el artículo 43 de la LOFAGE, de modo que los organismos públicos quedan clasificados en: “a) organismos autónomos; b) entidades públicas empresariales; c) agencias estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por esta ley”.

Junto a estas formas de personificación, todas las cuales pueden llamarse instrumentales de régimen común, existen las “personificaciones de régimen singular”, siguiendo la terminología de SANTAMARÍA PASTOR. La “irresistible tendencia a la singularidad”, dice este autor, encuentra diversas manifestaciones en las disposiciones adicionales 6ª a 10ª de la LOFAGE<sup>230</sup>. Entre ellas se encuadran las estructuras organizativas de la Seguridad Social, ciertas entidades

---

<sup>230</sup> Cf. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., pp. 687 y 707-710.

La tendencia a la singularidad comienza en realidad antes, en el propio articulado de la ley, como advierte BACIGALUPO SAGESSE, quien distingue entre “entes apátridas *a priori*”, que son de los que venimos hablando —o de “recalcitrante singularidad”, como dice Parada Vázquez (*Derecho Administrativo*, t. II, *Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, <sup>11</sup>1997, p. 244)— y “entes apátridas *a posteriori*” o cuya configuración se deja en manos del legislador. Así, explica, al disponer el artículo 61.1.b) de la LOFAGE que la ley de creación establecerá, respecto de los organismos públicos, “(...) las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley”, está fijando “el sometimiento de su creación a una reserva de ley singular”, que lleva en su interior el germen de los entes instrumentales apátridas y que “facilita —y, casi me atrevería a decir, provoca— la tentación de singularizarlos: ¡ya que hay que molestar al legislador para crearlo, aprovechése la oportunidad para hacerle al ente un traje a medida! La LOFAGE invita casi al legislador a singularizar el régimen jurídico de los Organismos públicos” (cf. BACIGALUPO, M., “La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE”, en *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, Papeles de la Fundación para el análisis y los estudios sociales, nº 46, Madrid, 1999, pp. 138-139).

interadministrativas de carácter mixto (Consorcio de la Zona Especial Canaria, Autoridades Portuarias, etc.), representaciones de fuerzas sociales de naturaleza privada (ICEX, Instituto Cervantes o Consejo Económico y Social), entes cuya nota definitoria a efectos organizativos es el sometimiento al Derecho privado de su tráfico patrimonial externo sin ser entidades públicas empresariales (esto es, ejerciendo funciones públicas de naturaleza coactiva y autoritaria, vg. la AEAT).

Y se mencionan también las que se denominan a lo largo de este estudio Administraciones independientes, una de ellas para quedar sometida en exclusiva a su legislación específica (el Banco de España, DA 9ª) y las restantes para establecer que “se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta ley” y que, cuando “se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía” (DA 10ª, apartado 1, primer párrafo *in fine* y apartado 2).

A pesar de que la disposición adicional décima de la LOFAGE ha seguido empleándose como cajón de sastre en el que enumerar las entidades dotadas de autonomía que han ido creándose con posterioridad<sup>231</sup>, su categorización ha de conjugarse hoy con otra que emplea criterios en parte diferentes –según se ha avanzado y como se explicará con detalle en la parte segunda de este trabajo–, la cual hace referencia a la condición de alguno de estos entes como

---

<sup>231</sup> Su apartado 1, párrafo primero, ha sido objeto de modificación en cinco ocasiones, tres de ellas en el año 2007 y la última mediante la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. La norma reza actualmente: “La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Corporación RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta ley”.

“organismos reguladores”<sup>232</sup>. Según el artículo 8, apartados 1, 3 y 4, de la Ley de Economía Sostenible<sup>233</sup>:

“(…) Tienen la consideración de Organismo Regulador las actuales Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Sector Postal” [además de la Comisión Nacional de Competencia, a ciertos efectos que se detallan en el apartado 2 de este precepto].

“Los Organismos Reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo están sometidos al control parlamentario y judicial”.

“Los Organismos Reguladores se regirán por las normas del presente Capítulo, por su legislación específica, en lo que no resulte afectado por la presente ley, y por sus estatutos, aprobados mediante el correspondiente Real Decreto. En lo no previsto en las anteriores normas, se regirán por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y por el resto del ordenamiento jurídico” (apartado 4).

Con ello se vuelve, en primer lugar, a una cierta disparidad de régimen, que es casi connatural a la regulación legislativa de este tipo de entidades: “uno de los índices más significativos de la variedad y confusión que pesa sobre este mundo de las personificaciones instrumentales [aun cuando en rigor las que ahora se examinan no lo sean] es, quizá, la existencia de múltiples clasificaciones legales de las mismas”<sup>234</sup>. Un apretado repaso de estas clasificaciones, en trance de introducir una nueva variedad, fue el que hizo el dictamen del Consejo de Estado en Pleno sobre el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (número 215/2010, de

---

<sup>232</sup> La Exposición de Motivos de la LES explica que “quedan por ahora fuera de este marco común los organismos vinculados al ámbito financiero, que deberán adecuarse a las reglas resultantes del proceso de discusión sobre su régimen que actualmente se desarrolla en el ámbito internacional y europeo”.

<sup>233</sup> Publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Número 60-1 de 9 de abril de 2010 ([http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A\\_060-01.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_060-01.PDF#page=1)).

<sup>234</sup> Cf. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., p. 685.

18 de marzo), el cual se extendió sobre la calificación propuesta de organismos reguladores:

“En el Derecho español, no existe actualmente una categoría, legalmente definida, de “organismos reguladores”. El artículo 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, relativo a la clasificación y adscripción de los organismos públicos, no incluye un tipo específico referido a los “organismos reguladores”. La disposición adicional décima de esta Ley contempla “determinados organismos públicos” dotados de “independencia funcional o autonomía respecto de la Administración General del Estado”, en relación con los cuales únicamente dice que “se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley”. Sin embargo, basta leer la lista contenida en el apartado 1 de esta disposición para comprobar que se incluyen dentro de esta categoría residual, junto a los organismos reguladores, otros de diferente naturaleza; así, en efecto, además de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal se cita el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) y el Consorcio de la Zona Especial Canaria.

Un repaso de la legislación sectorial que se ocupa de los organismos reguladores pone de manifiesto que existen, en efecto, ciertas entidades que comparten unos rasgos generales comunes: la afirmación de una autonomía o independencia funcional respecto de la Administración General del Estado que va más allá del mero reconocimiento de una personalidad jurídica diferenciada, el reconocimiento de funciones en relación con la vigilancia y ordenación de un sector específico (energía, telecomunicaciones, etc.), y la atribución de potestades públicas.

Sin embargo, también esta legislación ilustra sobre las diferencias notables que se producen en relación con cada uno de estos aspectos. Así, por ejemplo, en algunos casos se recoge el denominado recurso de alzada impropio (que limita, obviamente, la independencia o autonomía del organismo regulador), que en la generalidad de los casos no se prevé; de igual modo, la medida de las potestades públicas y la generalidad o amplitud de las funciones que se atribuyen es también muy diversa en la comparación, por ejemplo, entre la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional del Sector Postal. Esta diversidad hace que sea ciertamente difícil trazar la frontera entre lo que deben considerarse o no organismos reguladores (cabe señalar, a este respecto, las dudas que se plantearon al respecto en relación con la Comisión Nacional de la Competencia), tanto en lo que hace a las entidades actualmente existentes como a otras que puedan crearse en el futuro (piénsese en el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, previsto en el proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual o en el organismo regulador del sector del transporte, anunciado en términos muy vagos por la disposición final sexta del Anteproyecto).

En lo que hace al Derecho comunitario, son las normas reguladoras de cada uno de los sectores las que aluden a las "autoridades nacionales", cuya configuración comparte algunos rasgos característicos de los organismos reguladores, como son su independencia funcional, la atribución de potestades típicamente públicas y la atribución de competencias en relación con la vigilancia de mercados o sectores específicos. [...]

Sin embargo, un examen de estas disposiciones –y de otras semejantes, [...]– evidencia igualmente la existencia de importantes diferencias entre unos y otros tipos de autoridades nacionales".

Se indicarán posteriormente, en los capítulos correspondientes, las peculiaridades de régimen que ello supone para cada una de las Administraciones independientes afectadas. En todo caso, cabe recordar con SANTAMARÍA que el *status* de independencia tiene un contenido propio, que en buena medida vendría a quedar reforzado por la ley hoy en proyecto, y va acompañado generalmente de otras notas ajenas en puridad a dicha independencia, pero que en el plano legal parecen recogerse en pie de igualdad. Así, respecto al contenido de su estatuto de independencia, cabe considerar rasgos distintivos los que se refieren a las limitaciones formales para la designación y remoción de sus miembros, las potestades sustantivas que se les conceden para la ordenación del sector económico o función que tengan encomendada y las técnicas de autonomía medial unidas a las últimas (vg. la atribución de un cierto poder de autoorganización, de gestión del personal y de autodisposición de sus medios patrimoniales)<sup>235</sup>.

En cambio, las otras dos premisas legales bajo las que suelen crearse este tipo de organizaciones –atribución de personalidad jurídica y sometimiento de su actividad externa al Derecho privado– son "rigurosamente innecesarias, dice el citado autor, para la creación de un ámbito de funcionamiento independiente, como lo demuestra el ejemplo paradigmático del poder judicial. (...) Proporcionan un ámbito de actuación más desenvuelto y ágil (y también, por cierto, mayores posibilidades de abuso); pero no tienen

---

<sup>235</sup> Esta enumeración de notas características tiene, a nuestro juicio, la ventaja de que se adapta al marco legal vigente sin tomar en cuenta otras atribuciones que no parecen esenciales hoy al fenómeno de las llamadas Administraciones independientes (así, los denominados por López Ramón elementos normativo, personal, funcional, financiero y relacional de la independencia: cf. LÓPEZ RAMÓN, F., "El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente", *RAP* núm. 126 [1991], pp. 189-216).

nada que ver con la independencia, que es y debe ser independencia *de*, no necesariamente independencia *para*”<sup>236</sup>.

4. *Alusión al régimen de las llamadas Administraciones independientes en el nivel autonómico*

a) La proliferación de los reguladores

En primer término, se aprecia en esta materia una cierta reproducción de los criterios empleados en el plano estatal. Los ejemplos se dan, sobre todo, en cuanto a los reguladores económicos y únicamente allí donde lo permite la normación compartida entre Estado y Comunidades Autónomas (lo que plantea fundamentalmente la cuestión de la distribución competencial, que se tratará posteriormente).

Un primer problema es el de resolver la coordinación, en su caso, y la cooperación entre estas entidades y las estatales que operan a nivel nacional<sup>237</sup>. Puede señalarse la creación de organismos de este tipo en los siguientes bloques normativos:

- En materia de defensa de la competencia, existen entidades de esta naturaleza (Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia, creado por Ley 6/2004, de 12 de julio y regulado hoy por Ley 1/2011, de 28 de febrero; Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, creado por Ley 6/2004, de 28 de diciembre y modificado por Ley 7/2005, de 23 de diciembre; Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, creado –junto con el Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi– por Decreto autonómico 81/2005, de 12 de abril y modificado por Decreto 36/2008, de 4 de marzo y Autoridad Catalana de la Competencia, creada por Ley 1/2009, de 12 de febrero); cuya coordinación con las competencias estatales de la Comisión Nacional de Competencia se prevé a través del Consejo de Defensa de la Competencia, creado por Ley 1/2002, de 21 de febrero, sobre coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas –que siguió

---

<sup>236</sup> Cf. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., pp. 730-731.

<sup>237</sup> Cf. SALVADOR MARTÍNEZ, Mª, “‘Autoridades independientes’ y organización territorial”, en VVAA [coords. J. Mª Vidal Beltrán y M. A. García Herrera], *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Colex-INAP, Madrid, 2005, vol. II, pp. 449-450 para este aspecto.



el entendimiento de lo básico sentado por la STC 208/1999, de 11 de noviembre, que se analizará después<sup>238</sup>.

- En el ámbito de la protección de datos, al amparo de lo que permite el artículo 41, apartado 1, de la Ley Orgánica de Protección de Datos<sup>239</sup>, se han creado diversas autoridades independientes autonómicas: la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (por Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid), la Agencia Catalana de Protección de Datos (mediante Ley 5/2002, de 19 abril) y la Agencia Vasca de Protección de Datos (a través de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de dicha agencia). La relación entre ellas se regula por la propia LOPD, cuyo artículo 41, apartado 3, establece que corresponde al director de la AEPD convocar regularmente a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a efectos de cooperación institucional y coordinación de criterios o procedimientos de actuación; así como que aquél y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas podrán solicitarse mutuamente la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

- Finalmente, se han creado consejos audiovisuales de carácter independiente, para ejercer parte de las competencias de regulación y control de ciertas televisiones privadas en Navarra (Ley 18/2001, de la actividad audiovisual en Navarra y el Consejo Audiovisual de Navarra) y en Cataluña, con el Consejo del Audiovisual de Cataluña, regulado hoy por la Ley 22/2005, de 29 diciembre de Comunicación Audiovisual de Cataluña, cuyo artículo 117 le confiere abiertamente

---

<sup>238</sup> Un paso más allá de las competencias puramente ejecutivas, si bien limitado siempre al ámbito territorial propio de la Comunidad Autónoma, es el que da el artículo 154, apartado 3, del Estatuto de Autonomía de Cataluña (tras su reforma por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio), según el cual: "Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva sobre el establecimiento y la regulación del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, como órgano independiente, con jurisdicción sobre todo el territorio de Cataluña, al que corresponde en exclusiva tratar de las actividades económicas que se lleven a cabo principalmente en Cataluña y que alteren o puedan alterar la competencia en los términos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo".

<sup>239</sup> "Las funciones de la Agencia de Protección de Datos reguladas en el artículo 37, a excepción de las mencionadas en los apartados j), k) y l), y en los apartados f) y g) en lo que se refiere a las transferencias internacionales de datos, así como en los artículos 46 y 49, en relación con sus específicas competencias serán ejercidas, cuando afecten a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local de su ámbito territorial, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, que tendrán la consideración de autoridades de control, a los que garantizarán plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido".

potestad reglamentaria: "El Consejo del Audiovisual de Cataluña tiene la potestad reglamentaria para desarrollar los preceptos de la presente Ley y de las demás leyes en materia audiovisual en los ámbitos relativos a las condiciones aplicables a los títulos habilitantes para el ejercicio de la libertad de comunicación y a las obligaciones a que quedan sujetos los prestadores y distribuidores de servicios de comunicación audiovisual de acuerdo con la Ley. Las disposiciones reglamentarias del Consejo reciben el nombre de instrucciones"<sup>240</sup>. También se prevé la necesaria cooperación con los órganos competentes en la materia.

b) La participación orgánica en los supervisores estatales

En segundo término, la cuestión ha tratado de solventarse también, hasta ahora sin éxito, por la vía de la *participación orgánica* de las Comunidades Autónomas en los organismos reguladores estatales. Es ejemplo paradigmático lo que dispone el artículo 182 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, bajo la rúbrica "designación de representantes en los organismos económicos y sociales":

"1. La Generalitat designa o participa en los procesos de designación de los miembros de los órganos de dirección del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y de los organismos que eventualmente les sustituyan, y de los demás organismos estatales que ejerzan funciones de autoridad reguladora sobre materias de relevancia económica y social relacionadas con las competencias de la Generalitat, en los términos establecidos por la legislación aplicable.

2. La Generalitat designa o participa en los procesos de designación de los miembros de los organismos económicos y energéticos, de las instituciones financieras y de las empresas públicas del Estado cuya competencia se extienda al territorio de Cataluña y que no sean objeto de traspaso, en los términos establecidos por la legislación aplicable.

3. La Generalitat designa o participa en los procesos de designación de los miembros del Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, la Agencia Tributaria, la Comisión Nacional de Energía, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo de Radio y Televisión, de los organismos que eventualmente les sustituyan y de los que se creen en estos ámbitos, en los términos establecidos por la legislación aplicable.

4. La Generalitat, si la naturaleza del ente lo requiere y su sede principal no está en Cataluña, podrá solicitar al Estado la creación de delegaciones territoriales de los organismos a que se refiere el apartado 1".

---

<sup>240</sup> Cf. TORNOS MAS, J., "La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17 (2003), en especial pp. 492-498.

c) El reparto de competencias entre Estado y Comunidades  
Autónomas

Por lo demás, el problema de fondo es el ya aludido del reparto de competencias entre la legislación básica estatal relativa a la vida económica y las competencias de desarrollo normativo y de ejecución que corresponden a las Comunidades Autónomas, como ha estudiado con cierto detenimiento SALVADOR MARTÍNEZ<sup>241</sup>. La jurisprudencia constitucional se ha mostrado en este punto uniforme en cuanto a la extensión de las competencias básicas estatales, plasmadas en diversos títulos, a diversos aspectos normativos, institucionales y aun propiamente ejecutivos que se entiende que integran la calificación de lo básico por la importancia de mantener la unidad de la materia en juego en cada caso:

c.1) La delimitación de lo básico en la jurisprudencia constitucional sobre materia bancaria

A propósito del Banco de España lo sentó, en primer lugar, la STC 135/1992 En sus fundamentos jurídicos primero a quinto, razonó el Tribunal que corresponde al Estado con carácter exclusivo establecer “las bases de la ordenación del crédito, la banca y los seguros” (artículo 149.1.11ª de la Constitución) y que el concepto de bases puede entenderse en su acepción material, de forma que la intensidad de las bases puede llegar incluso a regulaciones de detalle y aun quedar comprendidos en su ámbito actos ejecutivos que resulten necesarios para la preservación de lo básico o para garantizar la consecución de los fines inherentes a la regulación básica. Interesa destacar que esta comprensión de lo básico se aplicó a la potestad normativa del Banco de España, al entender que con ella se contribuía al establecimiento de las bases de la ordenación del crédito y de la banca.

La afirmación en diversas sentencias posteriores del alcance de lo básico<sup>242</sup> se ha hecho al hilo de las más diversas materias, de las que se apuntan algunas siguiendo el análisis de PACHECO<sup>243</sup>:

---

<sup>241</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>, “‘Autoridades independientes’ y organización territorial”, en VVAA [coords. J. M<sup>a</sup> Vidal Beltrán y M. A. García Herrera], *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Colex-INAP, Madrid, 2005, vol. II, pp. 427-450.

<sup>242</sup> Sobre la que se ha tratado con carácter más general a propósito del encaje organizativo de estas entidades en el marco de la Administración institucional, también de la autonómica. Aunque el Banco de España –respecto de lo que sucede con otros reguladores– plantea problemas mucho menores

- La STC 178/1992, de 13 de noviembre, afirmó que las funciones que se reconocen al Banco de España en punto al control de las condiciones de solvencia y al cumplimiento de las normas de control y disciplina que deben observar las entidades de depósito, concreta lo dispuesto por diversos preceptos de la Ley 13/1985, de 25 de mayo (artículos 6.2, 9.1 y 10), de forma que la naturaleza estrictamente ejecutiva de alguna de dichas facultades no supone un exceso competencial.

- También se incluyen dentro de la normativa básica las normas relativas a la cantidad de dinero bancario existente en el mercado en un momento dado, dada la incidencia del mismo sobre la economía, por lo que forma parte de la normativa básica la determinación de los porcentajes sobre los fondos ajenos que deben ser invertidos en fondos públicos y la determinación de los valores públicos computables a efectos de cubrir dicho porcentaje (STC 1/1982, de 28 de enero; 57/1983 de 28 de junio y 91/1984, de 9 de octubre).

- En cuanto a la disciplina bancaria, el Tribunal Constitucional ha declarado que las Comunidades Autónomas no tienen competencia para imponer sanciones en materia de disciplina monetaria, que cualquier potestad sancionadora de las mismas se entiende sin perjuicio de la potestad sancionadora que corresponde al Banco de España y que podrán ejercitar esa potestad disciplinaria por propia iniciativa o a instancia del Banco de España (STC 1/1982, citada).

- En concreto, en relación con las entidades de crédito –en especial, las Cajas de Ahorro– la legislación básica del Estado puede abarcar normas relativas a su estructura, organización interna y funciones (STC 1/1982). Esta misma idea es desarrollada por la

---

de relación con los órganos encargados de supervisión de las Comunidades Autónomas, sí que evoca el problema de fondo en toda esta materia, el del reparto de competencias entre la legislación básica estatal relativa a la vida económica y las competencias de desarrollo normativo y de ejecución que corresponden a aquéllas (cf. ampliamente lo que se dice sobre el particular en el Capítulo -----).

A este propósito, el artículo 7 de la LABE, en su redacción por Ley 12/1998, de 28 de abril, establece a modo de principios generales los dos siguientes (apartados 6 y 8, segundo párrafo, respectivamente): “El Banco de España deberá supervisar, conforme a las disposiciones vigentes, la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida, sin perjuicio de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y de la cooperación de éstas con el Banco en el ejercicio de tales competencias autonómicas de supervisión [...] Igualmente, podrá relacionarse con instituciones financieras de carácter público y con autoridades de supervisión financiera de ámbito autonómico”.

<sup>243</sup> Cf. PACHECO MANCHADO, M., “La ordenación bancaria en la jurisprudencia”, cit., pp. 161-163.

sentencia 48/1988, de 22 de marzo, que destaca la especificidad de las Cajas de Ahorro frente a otras fundaciones o entidades de crédito, insistiendo en que las competencias estatales básicas, incluyen aspectos relativos a su organización y a su funcionamiento, en aras del interés general.

- En relación con las cooperativas de crédito, la STC 155/1993, de 6 de mayo, ha destacado que en las mismas confluyen aspectos crediticios con otros cooperativos, en los que a su vez inciden aspectos laborales o mercantiles. Ello hace necesario examinar uno a uno los preceptos, estatales o autonómicos, para determinar si los mismos se refieren a aspectos bancarios o cooperativos y, en función de tal caracterización, determinar si existe normativa básica estatal.

- En un campo cercano, por último, la STC 235/1999, de 16 de diciembre, declaró en cambio inconstitucional el apartado 5 de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril (por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero), que atribuía, por remisión a la LDIEC, al Banco de España la potestad disciplinaria sobre las entidades financieras de crédito, en la medida en que vaciaba las competencias de la Generalidad de Cataluña en esta materia.

#### c.2) La distribución competencial en otras materias

- En el caso de la CNMV, las competencias estatales en juego eran, no sólo la aludida sobre las bases de la ordenación del crédito, sino también la exclusiva sobre legislación mercantil y la que le atribuye las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1 de la Constitución, 6ª y 3ª, respectivamente). En polémica con la competencia exclusiva autonómica sobre "bolsas y centros de contratación de valores", el Tribunal sostuvo que la atribución de ciertas competencias y facultades a la CNMV formará parte de lo básico –según el criterio antes apuntado, esto es incluyendo regulaciones de detalle y excepcionalmente competencias de ejecución- en la medida en que constituya presupuesto necesario para garantizar el principio de la unidad del mercado de valores, manifestación del principio de la unidad del orden económico (FFJJ 3 a 5). En relación con el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores y su eventual invasión de

competencias autonómicas, se entendió que, "cuando el legislador estatal dota de potestad reglamentaria a la citada Comisión, con los límites subjetivos y objetivos a los que se ha hecho referencia, no está ejerciendo, obvio es decirlo, una competencia ejecutiva, sino una función de ordenación del sector que tiene carácter básico, por la sencilla razón de que se trata de una decisión en virtud de la cual una Administración, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se convierte en productora de normas con el alcance y la eficacia que las normas tienen, esto es, con efectos de obligar a todos, en la materia a la que se refieren (...) Dictar este tipo de Circulares es una actividad normativa y, en consecuencia, ha de situarse en el plano de la ordenación general por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de las materias que les son propias y no en el de las competencias ejecutivas" [FJ 7.b)].

- Por lo que respecta al Tribuna de Defensa de la Competencia, el alcance de las competencias de los organismos reguladores autonómicos se planteó con especial crudeza, si bien interesa menos desde la perspectiva de este trabajo. La STC 298/1999 procedió al deslinde en esta ocasión de los títulos sobre "comercio interior", de exclusiva competencia autonómica, y "defensa de la competencia", materia diferente y autónoma aunque coincida parcialmente con aquélla. El criterio de deslinde, sobre la base de una interpretación del artículo 149.1.13ª de la Constitución, fue el que antes se apuntaba, es decir, un criterio predominantemente territorial en lo relativo a las competencias de ejecución (que después se ha seguido en la STC 124/2003, a propósito de las licencias de apertura de grandes centros comerciales): corresponde al Estado la competencia legislativa en la materia, así como la competencia ejecutiva en relación a las prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o en el conjunto del mercado nacional.

- En fin, la STC 290/2000, al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 41.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos –la cual otorga la posibilidad de crear órganos autonómicos de control únicamente para ficheros públicos autonómicos y locales (en otras palabras, atribuyendo en exclusiva a la AEPD el control de todos los ficheros privados)-, operó sobre la base de un título diferente. Como nos consta, al concebir la protección de datos personales como un auténtico derecho fundamental objeto de desarrollo y no como una

“actividad instrumental de [otras] materias competenciales”, entendió que el artículo 149.1.1ª de la Constitución, al atribuir al Estado la competencia para regular “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, exige en un caso como éste la adopción de garantías no sólo normativas sino también institucionales. La garantía de dicho derecho y de la igualdad de los españoles en su ejercicio justifican, en definitiva, el control por la AEPD de los ficheros privados allí donde se encuentren y con independencia de quién sea su responsable.





## PARTE SEGUNDA. LAS NORMAS DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

### *CAPÍTULO V*

#### *LA POTESTAD NORMATIVA DEL BANCO DE ESPAÑA*

#### **I. Las facultades normativas del Banco de España: de las circulares aplicativas al reconocimiento de potestad reglamentaria externa**

La historia económica del Banco de España, durante el siglo XIX y buena parte del XX, es la de su lenta conversión en Banco central. Se trata de un proceso dilatado y complejo, que se inscribe en el más amplio de intervención de los poderes públicos en el sistema crediticio y monetario y que "se abre en España con la creación, en 1782, del Banco de San Carlos. Andando el tiempo éste fue sustituido por el Banco de San Fernando que, fusionado con el Banco de Isabel II, dio origen al Banco Español de San Fernando, transformado en 1856 en el Banco de España"<sup>244</sup>.

Haciendo abstracción de las primeras fases de esta andadura, cabe retener de ellas los progresivos intentos por conseguir una mejor definición del título jurídico de intervención sobre la disciplina bancaria. Tras el período en el que la actividad de las entidades de crédito se concibe aún como prestación en régimen de concesión de un singular servicio público (la emisión de moneda), "la ideología liberal y, sobre todo, la implantación del monopolio de emisión, arrumbaron este modelo inicial, que, a partir de 1874 [Real Decreto de Echegaray de 18 de marzo de ese año], sólo al Banco de España podía ya aplicarse. Por eso Cambó en 1921 tuvo que idear un título nuevo y distinto para justificar la disciplina bancaria y la consiguiente intervención pública en el sector. La disciplina no es general. Se aplica sólo a los bancos que deciden inscribirse en el Registro de

---

<sup>244</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 27 y 29.

Bancos y Banqueros, cosa que pueden hacer o no hacer libremente según les interese o no tener acceso a las ventajas que la inscripción, en contrapartida, les reporta”<sup>245</sup>.

#### **A. La Ley de Ordenación Bancaria de 1946**

Con los precedentes de las Leyes de ordenación bancaria de 1931 y 1938 -ley esta última que terminó con la estructura corporativa ideada por Cambó para sustituirla por otra centralizada en las autoridades estatales- fue la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 la que procedió a dotar al sector de un fuerte régimen de intervención pública, normalizando las medidas adoptadas en su momento con carácter excepcional (lo que constituye, a juicio de T. R. FERNÁNDEZ, una constante del ciclo crisis-ordenación en el sector bancario) e instrumentando una serie de potestades en exceso ambiciosas, vagas y no acompañadas de las reformas que hicieran posible su aplicación en la práctica: ley que pecaba, resume el citado autor, de “superficial y superestructural”, y que vino a colocar “todo el sistema bancario bajo la dirección última del poder político y a arbitrar al servicio de esa decisión fundamental una impresionante batería de potestades de intervención cuyo mero despliegue parecía por sí solo suficiente para asegurar el orden y evitar su alteración”.

Por lo que ahora interesa, “la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 no contiene (...) precepto alguno que habilite al Banco de España para dictar normas reglamentarias de ningún tipo. Muy al contrario, la exposición de motivos de la ley, al enunciar los principios de la regulación que ésta contiene, se cuida de señalar en primer término que es al Gobierno a quien ‘corresponde dictar las normas generales de la política de crédito’. El principio así enunciado se positiviza categóricamente en el artículo 42 de la ley, según el cual ‘las normas generales de la política de crédito serán dictadas por el Ministro de Hacienda, previo acuerdo del Consejo de Ministros’. Los artículos 43 y 44 especifican luego estos poderes normativos del Ministro, de los que el legislador no hace partícipe en medida alguna ni siquiera a la Dirección general de Banca y Bolsa, a la que sólo toca

---

<sup>245</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis”, estudio preliminar en VVAA [dir. T.R. Fernández], *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, <sup>2</sup>1991, pp. 19-20.

en este punto 'cumplir y hacer cumplir las órdenes y acuerdos del Ministro de Hacienda' [artículo 47.e)]”<sup>246</sup>.

**B. La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962: la caracterización del Banco de España como banco central y el otorgamiento a éste de potestades de intervención**

Cristaliza en esta etapa la aparición de poderes normativos del Banco de España, los cuales –en la tesis de T. R. FERNÁNDEZ, sostenida en polémica con PARADA– surgen y se desarrollan “de forma empírica al compás de la transformación del Banco de España, simple Banco de emisión en el momento su nacionalización en 1962, en un auténtico Banco central, proceso abierto por la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca promulgada en dicho año, que, en razón de las peculiaridades de ésta, ha tardado lustros en cerrarse”<sup>247</sup>.

La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962 (LOCB, en adelante) centró su reforma en la nacionalización del Banco de España, al que dotó de nuevas funciones. De acuerdo con su base primera, “la autoridad en materia monetaria y crédito corresponde al Gobierno, el cual señalará al Banco de España y a los diferentes organismos de crédito, a través del Ministro de Hacienda, *las directrices que hayan de seguirse en cada etapa*, orientando en definitiva la política monetaria y de crédito *en la forma que más convenga a los intereses del país*”. Los subrayados pretenden destacar, como es claro, que la ley no fue de bases en el sentido riguroso del término (esto es, como ley de delegación), sino que más bien “se limitó a abrir un proceso de reforma indefinida del sistema sin un horizonte ni material ni temporal preciso, pues de lo que entonces se trataba era de disponer de una posibilidad incondicionada de ir variando a voluntad las reglas del juego a medida que lo fueran aconsejando las circunstancias y el proceso de desarrollo económico que entonces pretendía iniciarse y en el que, obviamente, el sistema crediticio estaba llamado a jugar un papel importante”<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Los poderes normativos del Banco de España”, *RDBB*, nº 13, 1984, p. 11.

<sup>247</sup> *Ibidem*.

<sup>248</sup> Cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El ordenamiento crediticio y bancario español”, *cit.*, p. 17. Sobre el proceso de desarrollo económico al que se alude en el texto, cf. por extenso TORTELLA

De este entramado normativo surgió un peculiar dualismo: “de la ley de 1962 fue saliendo a lo largo de veinte años *una nueva regulación material de signo marcadamente coyuntural*, que, poco a poco, fue desplazando a la Ley de Ordenación de 1946 y convirtiéndola en una mera cobertura formal de los poderes de intervención de la Administración carente como tal de virtualidad ordenadora propia”<sup>249</sup>.

Como parte de esta regulación, se reconocieron al Banco de España importantes potestades de intervención, que envolvían en no pocos casos facultades auténticamente normativas.

La exposición de motivos de la LOCB señalaba que, aun sin aceptar el Estado español el principio de neutralidad económica, “la autoridad monetaria no puede ser delegada en el Banco de emisión, sino ejercida permanentemente por el Gobierno, a través del Ministro de Hacienda; aunque en el orden técnico sea conveniente encomendar los detalles de ejecución de la política que se siga al Banco de España, con una organización autónoma y con la responsabilidad, la independencia y la autoridad que requiere su alta misión de colaborador, informador y asesor del Gobierno en orden a la política monetaria y de divisas y a la disciplina de la Banca privada”.

El contraste entre las funciones que corresponden al Banco de España en cuanto autoridad monetaria, y las que se le encomiendan “en el orden técnico” es bien significativo del carácter de transición de la LOCB, como dice T. R. FERNÁNDEZ: “la ley de 1962 es un ejemplo típico de ley de transición y está construida, como todas las leyes de esta clase, con elementos del pasado y del futuro, unidos entre sí con el cemento de la ambigüedad, que, por hipótesis, veda o, al menos,

---

CASARES, G., *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 139-141 y 331 ss. (síntesis de otros trabajos previos del mismo autor: *Los orígenes del capitalismo en España*, Tecnos, Madrid, 1973; “El Banco de España entre 1829-1929. La formación de un Banco Central”, en VVAA, *El Banco de España. Una historia económica*, Banco de España, Madrid, 1970, pp. 261 ss.; y “Las magnitudes monetarias y sus determinantes”, en VVAA, *La Banca española en la Restauración*, Banco de España, Madrid, 1974, t. I, pp. 457 ss.). “A partir de 1957 —explica este autor— tuvo lugar un serio reajuste de la política económica que culminó en el Plan de Estabilización de 1959 y del que fue parte la reforma bancaria cuya pieza principal fue la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962. Quizá lo más positivo y duradero de esa reforma fuera la definitiva nacionalización del Banco de España y el traspaso a éste de gran parte de las funciones de inspección que había tenido la Dirección de Banca y Bolsa de España. Con ello el Banco de España recibía, en parte, los medios para asumir el papel de ejecutor de la política monetaria que la ley le asignaba” (*El desarrollo de la España contemporánea*, cit., p. 338).

<sup>249</sup> Cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El ordenamiento crediticio y bancario español”, *ibidem*.

hace muy arriesgado cualquier intento de categorización de sus instrumentos y técnicas. La exposición de motivos de la ley reprocha al Banco de España el no haber llegado aún a convertirse en banco de bancos y en el regulador central del mecanismo crediticio y parece querer corregir esa situación, pero líneas más adelante le niega los medios necesarios para actuar como un verdadero banco central y le califica de banco de emisión”.

Continúa diciendo este autor que la Ley y el Decreto-ley de nacionalización (Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, de nacionalización y reorganización del Banco de España) no fueron más consecuentes. La autonomía que predicaban del Banco de España no fue propiamente tal, sino a lo sumo “esa autonomía rebajada que es propia de la descentralización funcional, que expresan entre nosotros los organismos autónomos (...) En este punto le asiste, pues, la razón a Parada cuando advierte que no es normal la atribución a los organismos autónomos de poderes normativos para cerrar el paso de cualquier intento de extraer de esa raíz los que hoy ejerce el Banco de España”<sup>250</sup>.

En efecto, a juicio de PARADA VÁZQUEZ, en su trabajo sobre la Circular del Banco de España 13/1981, la deslegalización operada por la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 lo era sólo a favor del Gobierno y del Ministro de Hacienda –según antes se ha visto-, pero no era predicable del Banco de España ni, en su opinión, había base para entender producida “una inequívoca atribución de potestad reglamentaria en que pudieran justificarse preceptos tales como los que contiene la Circular que nos ocupa” en ninguna de las leyes posteriores a aquella (LOCB, Ley de nacionalización y reorganización, Ley 30/1989, de 21 de julio, de órganos rectores del Banco de España [LORBE]). A este propósito, justamente decía que “no es normal la atribución de potestad reglamentaria a los organismos autónomos, y el Banco de España lo es, aunque no esté sujeto a la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, sino expresamente excluido de ella. Esto es consecuencia de que la potestad reglamentaria se sitúa en la Administración Central y en sus órganos superiores y, según se desprende del artículo 97 de la Constitución,

---

<sup>250</sup> Cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Los poderes normativos del Banco de España”, *RDBB*, nº 13, 1984, pp. 12 y 13.

preferentemente en el Gobierno, aunque la puede atribuir a los ministros”<sup>251</sup>.

Quedaron así trazadas las dos posturas doctrinales sobre la cuestión. La de T. R. FERNÁNDEZ se apoyó, además, en un análisis histórico que permitía comprobar (empíricamente, decía el propio autor) la normalidad del reconocimiento de potestades de intervención, y ligadas a ellas de facultades normativas, al Banco de España.

El Consejo de Estado, en el dictamen 2.458/1994, de 16 de febrero de 1995 (sobre el que luego se volverá) situaba también en 1962 el punto de arranque de esta evolución: “el artículo 12 [de la Ley de nacionalización y reordenación del Banco de España] (...) definía como función del Consejo Ejecutivo del Banco ‘decidir acerca de las medidas que deba adoptar el Banco ateniéndose a las instrucciones recibidas del Ministerio de Hacienda en el ejercicio de sus funciones de Banco de Bancos y de disciplina e inspección de la Banca privada’ (...) No existía habilitación legal expresa para que éste dictase disposiciones de ámbito general, si bien la atribución al Banco de España de las competencias de inspección sobre la Banca privada, hizo habitual que emitiese ‘circulares’, fundamentadas en delegaciones específicas del Ministerio de Hacienda, con eficacia fuera de su propia organización, al ser obligatorias para los intermediarios financieros sometidos a su supervisión”.

Señala T. R. FERNÁNDEZ como ejemplos de esta paulatina transformación, en una primera etapa, los decretos-leyes de 29 de noviembre y 6 de diciembre de 1962 (sobre bancos industriales y de negocios y sobre carteras y coeficientes de bancos privados, respectivamente). La disposición final tercera del Decreto-ley de 29 de noviembre de 1962 concedió al Ministro de Hacienda el ejercicio de “las facultades que le corresponden en relación con los bancos industriales y de negocios, con informe del Banco de España, *en el que podrá delegar total o parcialmente dichas facultades*” (entre las cuales algunas de inequívoco carácter normativo, como la fijación de coeficientes de caja o de límites máximos de la cartera de valores). Por su parte, el artículo 11 del segundo de los decretos-leyes citados permitió también la delegación en el Banco de España, por el Ministro de Hacienda, de las facultades relativas al control y disciplina de la

---

<sup>251</sup> Cf. PARADA VÁZQUEZ, R.: “Valor jurídico de la Circular”, *RDBB*, nº 2, 1981, p. 318.

Banca privada, que entrañaban también capacidades normativas (vg. apertura de nuevas sucursales y agencias; además de la específica fijación de coeficientes de caja para todos los bancos y banqueros españoles, que le atribuía expresamente el artículo 8). "A partir de ambos decretos-leyes se hace habitual este tipo de previsiones, que se instrumentan unas veces por orden ministerial y otras por decreto"<sup>252</sup>.

Puede afirmarse, por tanto, que en esta etapa se generaliza la práctica de dictar circulares, expresión que en sentido primigenio se refiere a las disposiciones aplicativas o interpretativas (tanto en su acepción usual, carta circular, como en una propiamente jurídica: circulares, instrucciones y órdenes de servicio, según los artículos 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 [LPA] y hoy 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común [LRJAP]), pero que se empleará con frecuencia para designar disposiciones que suponen el ejercicio de auténticas facultades normativas, al amparo de las competencia de supervisión y disciplina de las entidades de crédito y de ejecución de la política monetaria otorgadas al Banco de España, y aun sin contar con habilitación legal expresa para ello<sup>253</sup>.

"Posteriormente, la Ley 3/1971, de 19 de junio, sobre organización y régimen del crédito oficial, vino a ampliar las competencias del Banco de España, especialmente en relación con los Bancos Industriales y de Negocios y con las Entidades de financiación de ventas a plazos y las Cooperativas de Crédito" (dictamen del Consejo de Estado 2.458/1994, antes citado).

Un amplio abanico de normas reglamentarias vendría a confirmar la habitualidad de cláusulas de atribución normativa, en puntos determinados, al Banco de España. Lo cual es "suficientemente explícito, tanto por lo que respecta a la transformación progresiva de la naturaleza y función del Banco de España, antes apuntada, como por lo que se refiere a la afirmación de los poderes reglamentarios del Banco, que, al final del período

---

<sup>252</sup> Cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "Los poderes normativos del Banco de España", *cit.*, p. 14.

<sup>253</sup> Cf. GARCÍA ÁLVAREZ, G., "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", *RAP* 171 (septiembre-diciembre 2006), pp. 139 ss. (p. 153).

considerado, se despliegan por éste con absoluta naturalidad y se aceptan sin protesta también por el sector en el cual inciden. Prueba palpable de esta naturalidad (...) es el propio tenor de la Ley 30/1980, de 21 de julio, por la que se regulan los órganos rectores del Banco, cuyo articulado no se molesta siquiera en afirmar los poderes reglamentarios del mismo, que la Ley da por supuestos sin plantearse problema alguno”<sup>254</sup>.

A este respecto, cabe destacar que, en la LORBE, “entre las competencias del Consejo General en Pleno enunciadas en el artículo 15, destacan la 1ª sobre la aprobación de las directrices de actuación del Banco para el cumplimiento de las funciones encomendadas al mismo por el artículo tercero de la Ley y la 9ª relativa a la aprobación ‘de las disposiciones necesarias en las materias propias de la competencia de la Entidad’” (dictamen del Consejo de Estado 2.458/1994).

Al amparo de las reglas de la LORBE, se dictó la STS de 18 de febrero de 1985 (caso Banco de Navarra), en la que se reconoció implícitamente la legitimidad de las circulares del Banco de España, aun sin afrontar de modo claro su naturaleza jurídica, y se afirmó la legitimidad de tal entidad para dictar instrucciones dirigidas a las entidades financieras, basándose en la tesis de las relaciones de supremacía especial<sup>255</sup>.

### **C. La disposición adicional octava de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito**

La normalización del instrumento normativo en que consistían las circulares del Banco de España vino de la mano de la disposición adicional octava de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (LDIEC). Se quiso poner fin a la debilidad y poca claridad con que dichas facultades normativas estaban recogidas en el plano legal, pero el propósito encontró fuertes resistencias en el seno de la Administración, a propósito de su encaje con el artículo 97 de la Constitución. Todo ello determinó una

---

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>255</sup> Cf. GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, cit., nota 38, p. 156. También SUAY RINCÓN, J., “El caso del Banco de Navarra v. el Banco de España: ¿una nueva etapa en las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito?”, *Poder Judicial* núm. 1 (1986), pp. 123-130. Y lo que se dice *infra* en el apartado II.A.



redacción final (sustancialmente idéntica a la contenida en la Ley del Mercado de Valores, de tramitación paralela, para habilitar a la potestad normativa de la CNMV), de la que se pudo decir en su momento que "lo que inicialmente se propuso para dar solidez a una situación que adolecía de la precariedad antes aludida, ha servido, en último término, para limitar dichos poderes y para poner en cuestión su propio fundamento"<sup>256</sup>.

El párrafo primero de esta disposición adicional octava tenía el siguiente tenor: "El Banco de España, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuyen esta u otras, podrá dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo o ejecución de la regulación contenida en las disposiciones generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que, además, dichas normas le habiliten de modo expreso para ello".

La solución diseñada por la LDIEC –que luego llamaremos de doble habilitación o habilitación concurrente- no fue satisfactoria, a juicio de una parte de la doctrina. "Regula, dijo T. R. FERNÁNDEZ, los poderes normativos del Banco de España del mismo modo que si de resoluciones de un director general se tratase" y "resulta inconsecuente con la posición que el ordenamiento jurídico reconoce inequívocamente a aquél y con la autonomía que de forma no menos inequívoca le otorga. Es, además, inútil, porque no puede impedir que otras Leyes futuras le asignen poderes más amplios, de desarrollo directo de las mismas, incluso, como en su día lo hizo la Ley de Coeficientes de Caja de 26 de diciembre de 1983 y, sin duda, lo harán, siempre que la índole de la materia lo requiera"<sup>257</sup>.

También desde bases sustantivas, o con un planteamiento material del sector en su conjunto, en alguna doctrina mercantil se dijo que la disposición adicional octava de la LDIEC suponía "un recorte a las facultades reglamentarias del Banco de España que la Ley de Órganos Rectores posibilita y que no precisaban necesariamente de la instancia mediadora de una disposición

---

<sup>256</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Comentario a la disposición adicional octava en VVAA [dir. T.R. Fernández], *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, cit., p. 197.

<sup>257</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Comentario a la disposición adicional octava", en VVAA (dir. T. R. Fernández Rodríguez), *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, cit., p. 203.

reglamentaria de rango superior a cuyo desarrollo habría de vincularse la Circular. Sin desconocer la peculiaridad del sector monetario y crediticio en que actúa el Banco de España, y sin perjuicio de la mayor dinamicidad normativa que tal sector puede sin duda requerir (...), preciso es reconocer que la disposición adicional octava presenta una mayor dosis de 'clasicismo', en cuanto que parece pretender una ordenación jerárquica de las disposiciones de procedencia administrativa que, probablemente, en el caso del Banco de España –y en las materias de su competencia– no sea la más adecuada a la vista de la expresa autonomía normativa con que está configurado”<sup>258</sup>.

Otras críticas vinieron de una visión formal, o estrictamente normativa, del reparto de fuentes en la materia. POMED SÁNCHEZ, siguiendo a S. MARTÍN-RETORTILLO, calificó de “enormidad técnica” la dicción literal de la disposición en cuestión, al facultar al desarrollo por el Banco de España, previa habilitación expresa, de las normas dictadas por el Ministro de Economía y Hacienda. Veía en ello la atribución, a un órgano titular de una potestad reglamentaria derivada, de la facultad de delegar el ejercicio de dicha potestad (contra el principio *delegata potestas non delegatur*). Construcción que se reputaba incorrecta, y en lugar de la cual había de situarse la de la remisión o reenvío no recepticio expreso a favor del Banco de España<sup>259</sup>.

En una línea similar, y con rotundas consecuencias desde el punto de vista práctico de la ordenación normativa, se pronunció ARAGÓN REYES<sup>260</sup>. En términos generales, “no cabe considerar suficiente, como título legitimador para que la circular imponga obligaciones a los particulares, la *habilitación genérica*, contenida en el artículo 15.9 [de la LORBE] y en la Disposición Adicional 8ª [de la

---

<sup>258</sup> GALÁN CORONA, E., “Las órdenes ministeriales y circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinamental”, en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. II, pp. 881-897 (cita en p. 887).

<sup>259</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., “Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno”, *RDBB* núm. 67 (1997), pp. 641-693 (p. 678). La idea de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER está tomada de su trabajo “Sistema bancario y crediticio” en VVAA (dir. S. Martín-Retortillo Baquer), *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, t. II, p. 41-277 (p. 122).

<sup>260</sup> ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España”, en VVAA (dir. R. García Villaverde, coord. R. Bonardell Lenzano), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pp. 23-46.

LDIEC], ya que, al menos en las materias reservadas a la ley, no es admisible la figura de la deslegalización (o las remisiones en blanco que puedan ser equiparables a la misma), sino que se precisa de *habilitaciones legales concretas para cada supuesto*, como es lo propio de la figura de la remisión normativa, única aceptable en tales materias, en las que, además, el reglamento tiene un campo material de actuación sumamente limitado. Así como tampoco caben, en esas materias, las subdelegaciones, o más exactamente, las *habilitaciones en cadena*: la habilitación legal ha de estar referida, *específicamente*, al Banco de España<sup>261</sup>.

A su vez, una clara distorsión de este recto entendimiento del sistema de fuentes es la que se dio, a su juicio, en el grupo normativo encabezado por el artículo 48.2 LDIEC y al que siguieron, en materia de contratación bancaria, la Orden del Ministerio de Hacienda de 12 de diciembre de 1989 y la Circular del Banco de España 8/1990. Con independencia de los aspectos sustantivos implicados y del alcance de la reserva de ley, el citado autor censuraba que la orden ministerial hubiese procedido a habilitar, a su vez, las facultades normativas del Banco de España, sin previsión legal expresa para ello (pues el artículo 48.2 LDIEC no la contenía y no se entendía suficiente a estos efectos, como acaba de verse, la habilitación genérica de la disposición adicional octava de dicha ley)<sup>262</sup>. La consecuencia del razonamiento conducía, claro está, a propugnar la invalidez de dicha circular y, más allá, a la consideración de que, en materia de contratación bancaria, no podría la ley habilitar al Banco de España para ejercer su poder reglamentario (o, a lo sumo, si se estimara posible que éste entrase en la materia, con

---

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 31 (se ponen entre corchetes las siglas de las leyes, que por errata aparecen mal citadas en el texto, ambas como Ley 30/1980). Los subrayados son nuestros y pretenden destacar que se emplean dos categorías de habilitación no homogéneas. Se habla, de un lado, de la habilitación genérica o general (en su momento, disposición adicional octava de la LDIEC) frente a las específicas o concretas, que deberán contener las leyes que se dicten sobre la materia en concreto. Se dice luego –pero la conexión entre ambos tipos de habilitación no resulta evidente– que no se puede habilitar en cadena, esto es por la llamada a un reglamento que decida a su vez una nueva autorización: la previsión autorizadora ha de estar directamente en la ley (a su vez, cabe que la autorización sea *per saltum* o previendo la propia ley la intervención del reglamento).

<sup>262</sup> Lo cual resulta, en efecto, censurable desde el punto de vista de la teoría general de las fuentes, “donde no cabe la habilitación del reglamento por el reglamento”, como recuerda el propio ARAGÓN REYES, M., *ibidem*, p. 44, con cita de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit. p. 718. En contra, en el específico punto de la Circular 8/1990, GALÁN CORONA, E., “Las órdenes ministeriales y circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinamental”, cit., para quien las cláusulas generales del artículo 15.9 LORBE y de la disposición adicional octava de la LDIEC, en conexión con la Orden de 12 de diciembre de 1989 que deriva del artículo 48.2 LDIEC, “permiten estimar la validez formal” de dicha circular.

motivo de la ordenación del crédito, lo sería mediante la habilitación legal oportuna al efecto).

#### **D. La sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992, de 5 de octubre**

La sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 135/1992, de 5 de octubre, hizo referencia aún a la regulación contenida en la LORBE para confirmar la potestad reglamentaria del Banco de España. Y ello porque se enjuiciaba una ley anterior a la LDIEC; concretamente, se trataba del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas de Cataluña y del País Vasco frente a determinados preceptos de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

La sentencia sostuvo, ante todo (FFJJ 1 y 2), que “la Ley 13/1985, de 25 de mayo, ahora en tela de juicio, encaja por su contenido material en la ordenación del crédito y la banca” y que la regulación que ella contenía, lejos de ser coyuntural, asentaba “un conjunto de criterios y reglas uniformes en un texto legal único, cuyo ámbito se extiende ahora a todas las entidades crediticias y donde se recopilan las disposiciones que hasta ese momento aparecían dispersas en un conjunto no siempre homogéneo y coherente”.

Respecto a estas “bases”, decía ya el FJ 3 y esencial ahora para nuestro objeto, “han de ser, en principio, normas legales, orgánicas rara vez y ordinarias en su mayor parte, pero también, en su caso, reglamentarias, en el uso de la potestad que al Gobierno de la Nación otorga el artículo 97 de la Constitución” (citando al respecto los reales decretos 22454/1985 y 1370/1985). “Por otra parte, y bajando un escalón más en la jerarquía normativa, hay una serie de disposiciones o «medidas» que concretan elementos en blanco de la norma legal para permitir su adaptación a las circunstancias y, por ello, participan de esa misma naturaleza normativa (...) Por ello, tales actuaciones son desarrollo reglamentario, también básico, de la Ley en la cual encuentra cobertura específica esta deslegalización mediante la doble técnica de autorizar una eventual delegación del titular originario de la potestad o atribuirle directamente al Banco de España, institución cuyo carácter «básico» ha sido puesto de relieve en nuestra STC 1/1982” (en este marco se encuadraban cuatro de los preceptos impugnados: modificación de los niveles mínimos y máximos de

recursos propios, posibilidad de reducir el porcentaje de los excedentes líquidos que las Cajas han de destinar a reservas y definición de las técnicas de cómputo de las obligaciones y determinación de los conceptos contables de los recursos propios [artículos 6.2, 9, 10. 5 y disposición final primera de la citada ley, respectivamente]).

A propósito de este esquema normativo, "va de suyo que el Banco de España forma parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta y es la primera autoridad monetaria, a quien corresponden las funciones relativas a la disciplina e inspección de las entidades de crédito y ahorro, para lo cual se le dota de las simétricas potestades, entre las cuales deben destacarse la reglamentaria y la sancionadora, como pone de manifiesto la atenta lectura de la Ley 30/1980, de 21 de junio (artículos 1; 3; 15.1, 9 y 10, y 16.7)".

En términos generales lo expresaron, en fin, los dos últimos párrafos de este fundamento jurídico:

"La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España, asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia (Ley 2/1962, de 14 de abril, base 1ª, y Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, artículos 1 y 9), que, como arriba se dijo, tiene conferida explícitamente la potestad reglamentaria en el ámbito de su actuación.

La intervención de esta institución no se legitima por su carácter discrecional. La discrecionalidad es una modalidad del ejercicio de otras potestades pero no es una de tantas, como a veces se ha dado en decir, ni, en ningún caso, puede ser utilizada por sí misma como habilitante de ellas (STC 96/1984, FJ 6). Ahora bien, una ordenación racional de atribuciones las encomendará a quien tenga la idoneidad para llevarlas a buen término, pero la *auctoritas* no conlleva necesariamente el *imperium* o la *potestas*, que son obra directa de la Ley. Precisamente la especialización técnica del Banco de España explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o *ex lege*. No existe, pues, la incompetencia relativa que se denuncia. La ordenación básica del crédito y la Banca, en su aspecto institucional, corresponde no

sólo a los Cuerpos colegisladores y al Gobierno, sino también, en un nivel operativo, al Banco de España”.<sup>263</sup>

Una aguda crítica a esta sentencia fue formulada, en la doctrina, por MENÉNDEZ REXACH<sup>264</sup>. Notaba este autor que, “aparte las imprecisiones terminológicas (esta atribución de facultades normativas se califica a la vez de ‘desconcentración’ y ‘delegación’), la doctrina del alto Tribunal carece de la solidez exigible en materia tan importante. Desde luego, el fundamento de la atribución de esta potestad normativa está en la Ley reguladora del organismo. El problema es si se trata de una verdadera potestad reglamentaria o si se está en presencia de meras disposiciones administrativas. La especialidad técnica del Banco de España y la razonabilidad de que se le encomienden determinadas ‘misiones’ es una explicación puramente descriptiva, no dogmática, de la atribución de potestad normativa a este Organismo, y podría hacerse extensiva a otros muchos”.

Por otra parte, el argumento “orgánico” (que el Banco de España forme parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta) no resultaba tampoco convincente, por la generalizada aplicación que de él podría hacerse a las disposiciones administrativas dictadas por cualesquiera organismos públicos: “de nuevo se aprecia aquí la necesidad de distinguir entre reglamentos y disposiciones administrativas no reglamentarias, poniendo orden en el *totum revolutum* de las disposiciones administrativas de carácter general”.

Ya en el caso específico del Banco de España, y desde esta última perspectiva, se apuntaba en fin una solución constructiva, o al menos explicativa de la atribución a aquél de su limitado poder reglamentario. Trascendiendo ante todo el razonamiento “puramente formal” en que se situaba la disposición adicional octava de la LDIEC –que envolvía, como antes se ha visto, un problema técnico–, se argumentaba que “la constatación de que esas disposiciones [del

---

<sup>263</sup> Esta jurisprudencia ha sido reiterada después, por lo que hace al Banco de España, en las SSTC 178/1992, de 16 de noviembre; 97/1993, de 11 de marzo y 204/1993, de 17 de junio.

<sup>264</sup> Cf. MENÉNDEZ REXACH, A., “La potestad reglamentaria”, en GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, en VVAA (dir. O. Alzaga Villaamil), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo VIII, arts. 97-112, Edersa, Madrid, 1998, pp. 177 ss (citas del texto en pp. 200 y 201).

Banco de España] contenían una regulación idéntica o análoga a la que antes se establecía por el Gobierno o por el Ministro de Economía y Hacienda permite afirmar que se trata de normas reglamentarias (por tanto, con eficacia *ad extra*) dictadas por un organismo que no forma parte del Gobierno, pero al que la Ley autoriza el ejercicio de esa potestad". Por tanto, se venía a concluir que "no estamos en presencia de una delegación de dicha potestad por parte del Gobierno [prohibida ahora expresamente por el artículo 20.3.a) de la Ley del Gobierno], sino de su atribución directa por la Ley, que, como ya hemos dicho, puede regular o modular el ejercicio de dicha potestad, atribuyéndola en determinados aspectos a órganos distintos del Gobierno"<sup>265</sup>.

#### **E. La Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España**

La Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España (LABE) recogió en este punto buena parte de las aportaciones doctrinales realizadas hasta entonces, al disponer en su artículo 3, apartado 1, lo siguiente:

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.3 el Banco de España podrá dictar las normas precisas para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 7.3 desarrolladas en la sección 1ª y el artículo 15 del capítulo II de esta Ley, que se denominarán 'Circulares monetarias'.

Asimismo, para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias, podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se denominarán 'Circulares'".

El ya citado dictamen del Consejo de Estado 2.458/1994 (sobre un proyecto de circular monetaria) trazó claramente la distinción entre ambos tipos de normas, al tiempo que compendia el

---

<sup>265</sup> *Ibidem*. Añade MENÉNDEZ REXACH que una manifestación de esa atribución de potestad normativa a órganos distintos del Gobierno "puede verse, a nuestro juicio, en el artículo 42.1 de la LOFAGE [Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado], conforme al cual los Estatutos de los organismos públicos pueden facultarles para que regulen 'aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado'. Esas regulaciones, aunque 'secundarias', pueden afectar sin duda, a los usuarios y es de esperar que no sean calificadas como Reglamentos independientes dictados en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción. A estas normas reglamentarias no les serán de aplicación las normas de procedimiento establecidas en el artículo 24 de la Ley del Gobierno, que deben entenderse referidas sólo a los reglamentos emanados de aquél" (pp. 201-202).

fundamento de la atribución de potestad reglamentaria al Banco de España en estos términos:

"Estas distinción de normas tiene como base la de las materias objeto de las mismas, distinción fundamental en la Ley no sólo respecto del ámbito de la potestad reglamentaria, sino también de la potestad de dirección de la política monetaria y del régimen de impugnación de actos.

Así, el artículo 7.2 señala que el Banco de España definirá y ejecutará la política monetaria con la finalidad primordial de lograr la estabilidad de los precios, sin perjuicio de lo cual, la política monetaria se realizará a través de los procedimientos e instrumentos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley y con la publicidad e información a las Cortes y al Gobierno prevista en el artículo 10, sin perjuicio de lo cual, "el Gobierno ni ningún otro órgano podrán dar instrucciones al Banco de España sobre los objetivos o la ejecución de la política monetaria".

(...) El artículo segundo de la Ley, sobre la base de la referida distinción del ámbito de actuación del Banco de España, establece un régimen de impugnación de actos diferentes. Así, los actos administrativos que dicte el Banco de España en el desarrollo de las funciones previstas en la sección 1ª (Política monetaria) y en el artículo 15 del capítulo II de la Ley, así como las sanciones impuestas como consecuencia de la aplicación de estas normas, pondrán fin a la vía administrativa. Los demás actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de otras funciones y las sanciones que imponga serán susceptibles de recurso ordinario ante el Ministerio de Economía y Hacienda.

Esta dualidad de regímenes se subraya en la Exposición de Motivos de la Ley al decir que "en materias distintas de la política monetaria, incluidas las relativas a la supervisión de las entidades de crédito, el Banco quedará sometido no sólo a lo dispuesto en las leyes, sino también a las disposiciones reglamentarias que dicte el Gobierno en desarrollo de aquéllas, siendo sus actos y resoluciones administrativas susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda. La Ley configura al Banco de España como un ente de la Administración del Estado de naturaleza especial que, subordinado al Gobierno en términos generales, gozará empero de plena autonomía en el ámbito de la política monetaria".

En cuanto a los términos en que quedó configurada la potestad reglamentaria *ad extra* al Banco de España, la cuestión no suscitó gran debate durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley. Las enmiendas al precepto que reguló las disposiciones del Banco de España (artículo 1.5 en el proyecto original, que pasó a ser el artículo 3 tras el dictamen de la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda) fueron escasas y se centraron más bien en la existencia misma de dicha potestad y en el aspecto concreto de la impugnación directa de sus disposiciones ante la Audiencia Nacional, una vez que se hubo



recogido en el texto la posibilidad de recurso judicial contra sus actos ante la Sala de lo contencioso-administrativo de dicho tribunal, bien directamente en materia de política monetaria bien previo recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda en el ejercicio de sus restantes funciones (actuales artículos 2.2, 2.3 y 3.2-2º de la LBE)<sup>266</sup>.

En la doctrina, el nuevo tenor literal de la norma, más cercano a la teoría de la remisión normativa, fue en general bien recibido. Si bien POMED SÁNCHEZ matizó que "entender que el artículo 3.1 LBE no hace sino reiterar lo ya establecido en la disposición adicional reproducida [octava de la LDIEC] significa tanto como afirmar que se mantiene una solución cuyas imperfecciones técnicas resultan patentes. Tanto más cuanto que el Ministerio de Economía y Hacienda no es *en ningún caso* el órgano que en nuestro sistema constitucional puede habilitar al Banco de España para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Ello impone una interpretación diferente del artículo 3.1 LBE, que habrá de partir de la constatación de que es la propia LBE la que lleva a cabo la atribución de potestad reglamentaria al Banco, si bien su ejercicio se hace depender, cuando esta entidad no actúa en el ámbito monetario o en su calidad de banco de emisión, de lo que disponga expresamente *el legislador* al efecto. En el bien entendido de que las leyes concretas podrán ser objeto de contraste con la Constitución"<sup>267</sup>.

Por lo demás, cuando exista la interposición reglamentaria señala expresamente la exposición de motivos de la LBE que, "en

---

<sup>266</sup> Cf., en el primer sentido, las enmiendas del Grupo Popular durante la tramitación del proyecto ante el Congreso y ante el Senado (enmiendas número 52 y 38, respectivamente), que proponían el mantenimiento únicamente de las circulares monetarias y sin dotarlas del carácter jurídico de reglamento, con idéntica justificación: "la potestad legislativa corresponde a las Cortes Generales, y la reglamentaria al Gobierno, por lo que el Banco de España no puede tener capacidad reglamentaria propia, pudiendo tan sólo dictar actos generales no normativos. Por ello, no pueden surtir efectos esas 'circulares monetarias' según lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil (...), que se refiere a la entrada en vigor de las leyes. Por otra parte, la supresión del párrafo segundo del punto cinco del artículo uno tiene por objeto adecuar la normativa sobre supervisión financiera al nuevo marco que supone la autonomía del Banco de España. Las normativas llamadas 'Circulares', referidas a la supervisión financiera, deberían tener carácter reglamentario y ser promulgadas por el Gobierno".

En lo relativo al recurso directo ante la Audiencia Nacional, cf. la enmienda número 69 del Grupo Parlamentario Socialista al texto discutido en el Senado, que fue acogida por el dictamen de la Comisión.

Todo ello en *Ley de Autonomía del Banco de España. Trabajos parlamentarios*, Servicio de Publicaciones de las CCGG, Madrid, 1996, págs. 41, 183 y 192.

<sup>267</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, cit., p. 349 (subrayado nuestro).

materias distintas de la política monetaria, incluidas las relativas a la supervisión de las entidades de crédito, el Banco quedará sometido no sólo a lo dispuesto en las leyes, sino también a las disposiciones reglamentarias que dicte el Gobierno en desarrollo de aquéllas”.

Todo lo cual será objeto de análisis detallado al tratar de los aspectos sustantivos, entendiendo por éstos también los relativos a la habilitación, de la potestad reglamentaria externa del Banco de España (*infra* apartado IV).

#### **F. La integración en el Sistema Europeo de Bancos Centrales**

La posición institucional del Banco de España plasmada en la LBE no puede comprenderse sin una referencia a su encaje en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), como parte esencial a su vez de la arquitectura de la Unión Económica y Monetaria (UEM) en el ámbito europeo.

Como es sabido, el establecimiento progresivo de la Unión Económica y Monetaria como parte esencial de esta política tuvo lugar en la Unión Europea a lo largo de tres fases. Los aspectos relativos a la integración de los Estados miembros en dicha unión económica y monetaria –como parte de la política del mismo nombre– han quedado hoy fundamentalmente recogidos, en forma de disposiciones transitorias, en los artículos 139-144 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE] (Capítulo V del Título VIII de dicho Tratado, en su versión por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea). La primera fase tuvo por objeto de eliminar las últimas barreras a la libertad de capitales, hasta el 31 de diciembre de 1993 y la segunda supuso la creación del Instituto Monetario Europeo como supervisor del Sistema Monetario Europeo y obligó a los Estados miembros a reforzar la autonomía de sus bancos centrales, hasta 31 de diciembre de 1998. Como consecuencia, el Banco de España obtuvo su estatuto fundamental de autonomía frente al Gobierno mediante la promulgación de la LBE en 1994 –una autonomía que podía calificarse de “meramente gubernativa”, comparándola con la que

obtendría después respecto del Parlamento en la definición de la política monetaria<sup>268</sup>.

En esta etapa, el diseño del SEBC en sus líneas esenciales quedó ya articulado "en torno a un Banco Central Europeo, del que los Bancos centrales de los Estados miembros son, por un lado, accionistas únicos y, por otro lado, ejecutores de la política monetaria por él fijada (amén de autoridades de supervisión bancaria en el marco de sus respectivas legislaciones nacionales, cuestión esta que queda, en principio, al margen del Sistema: vid., no obstante, el artículo 105.6 del Tratado)"<sup>269</sup>.

La tercera y última fase de la Unión Económica y Monetaria comenzó el 1 de enero de 1999 y tuvo como principal efecto la adopción del euro como moneda única de los Estados miembros participantes. El marco jurídico de introducción de la nueva unidad monetaria se llevó a cabo, sin reforma de los Tratados, principalmente mediante el Reglamento (CE) nº 974/98 del Consejo, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro; y en nuestro Derecho interno, a través de lo dispuesto en la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro (y Ley Orgánica complementaria, de la misma fecha) modificada, en lo que se refiere al período de la circulación exclusiva de la moneda, mediante el artículo 67 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Este paso supuso la definitiva institucionalización del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (artículos 127 a 133 TFUE y Estatutos de ambos aprobados como Protocolo nº 4 del TUE y del TFUE, en su versión por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007), con las consecuencias de Derecho interno que después se verán<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> *Ibidem.*, pp. 34 ss y 59 ss.

<sup>269</sup> Cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "Reflexiones sobre la Unión Monetaria Europea y el Sistema Europeo de Bancos Centrales", *Noticias CEE*, núm. 100 (1993), pp. 37-41; p. 39. Si bien en aquel momento podía aún decirse que "hoy por hoy, la política monetaria la marca en toda Europa el Bundesbank (...); mañana, es decir, el día en que el Tratado de la Unión sea ratificado por todos los Estados miembros y entre en vigor, la política monetaria la fijará el Banco Central Europeo, en el cual todos los Gobernadores de los Bancos centrales de los Estados miembros tendrán un voto igual".

<sup>270</sup> Como es visible en el texto, hay un salto diacrónico en todo lo que se refiere a la evolución de la UEM y de la política económica y monetaria, difícil de salvar a los efectos de este trabajo. La UEM que nace como política propia e institucionalmente cerrada en sus líneas esenciales en el Tratado de Maastricht de 1992 (BCE y SEBC, en el entonces Protocolo 18 del TCE) difiere mucho de la actual,

## II. Las tesis justificativas clásicas de su potestad reglamentaria

### A. Relaciones de supremacía especial

Una de las teorías manejadas por la doctrina, en los momentos que pueden considerarse iniciales respecto de la teorización sobre las facultades normativas del Banco de España, fue la de las llamadas relaciones de supremacía o sujeción especial<sup>271</sup>. En sus primeros trabajos sobre el tema, PARADA VÁZQUEZ y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se hicieron eco de la explicación de la relación de supremacía especial entre la Administración y las entidades de crédito, si bien subrayando el primero que “esta relación en ningún caso puede englobar al común de los ciudadanos”; mientras que el segundo precisaba que, “por muy especial que sea la sujeción característica de la relación, hay siempre un núcleo esencial que, por afectar a la esfera de la libertad, no es disponible por la Administración con meras potestades domésticas, que hay que referir a los aspectos simplemente instrumentales”<sup>272</sup>.

Un cierto respaldo jurisprudencial a esta postura vino dado por la STS de 18 de febrero de 1995 (caso “Banco de Navarra”), cuyo considerando octavo afirmó: “En la relación con la Administración hay

---

como se desprendería de la simple enumeración de los acontecimientos transcurridos desde entonces: cambios institucionales introducidos en los Tratados de Ámsterdam y Niza, ampliaciones de la UE (en especial, Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, de 16 de abril de 2003) y, en fin, replanteamientos de profundidad de la política económica y de reducción del déficit, que aquí no pueden sino ser apuntados.

Para las consecuencias más inmediatas en este campo del Tratado de Lisboa, cf. ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Madrid, 2010, pp. 136-139: “En el ámbito de la Unión Económica y Monetaria, los avances son de tres tipos: la constitucionalización del Eurogrupo, la reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y la clarificación en las disposiciones que rigen la situación en que haya Estados miembros que sean parte de la moneda única y otros que no lo sean” (p. 137).

<sup>271</sup> Vid. sobre este concepto GALLEGO ANABITARTE, A., “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración”, *RAP* núm. 34 (1961), pp. 11-52; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit., pp. 763-764 y 792-793 y BAÑO LEÓN, J. M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991, pp. 125-129.

<sup>272</sup> Cf., respectivamente, PARADA VÁZQUEZ, R.: “Valor jurídico de la Circular”, cit., p. 314 (nota 1) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Los poderes normativos del Banco de España”, cit., p. 9 (nota 6). Ambos citan, para el tratamiento del concepto de supremacía especial aplicado a la actividad bancaria, a HERNANDO DELGADO, J., “Ordenamiento sectorial de la Banca y responsabilidad”, *Anales del CUNEF* 1979, pp. 256 ss. Vid. también J. Mª MICHAVILA NÚÑEZ, “Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho”, *REDA* n° 54 (abril-junio 1987), pp. 247-265.

que distinguir la de los administrados en general y la de aquellas personas individuales o jurídicas que están vinculadas a ella por una especial relación jurídica que la doctrina califica de dominación, procedente de un vínculo como el de funcionarios, el de los concesionarios de servicios u obras o de otra clase, como ocurre precisamente con la relación de banqueros que han de inscribirse en un Registro especial sin cuya inscripción no pueden operar, inscripción que las somete a la inspección y vigilancia del Banco de España, cuya actuación en este expediente está respaldada por la Administración al aceptar la propuesta de sanción, lo que pone de relieve que la infracción de instrucciones procedentes del Banco de España implica también una tipicidad para otras numerosas irregularidades”.

No se trató, justo es decirlo, de una decisión general sobre el valor jurídico de los productos reglamentarios del Banco de España, sino sobre la cuestión mucho más concreta de la posibilidad de sancionar por el incumplimiento de instrucciones de la entidad (requerimientos de documentación). Los hechos, sucintamente expuestos, fueron éstos: “el Banco de Navarra tenía la intención de adquirir cierto número de Cooperativas de Crédito (en concreto, tres), cuya salud financiera era más que dudosa. El Banco de España condicionó esa adquisición al cumplimiento de la normativa a la sazón vigente sobre coeficientes de caja, inversión y garantía. En orden al cumplimiento de este condicionamiento se hacía menester que el Banco de Navarra remitiese al Banco de España toda la documentación contable precisa para conocer el valor real de los activos y pasivos de las Cooperativas adquiridas. En este requerimiento, varias veces formulado, el que no fue atendido y el que dio lugar a que la instrucción del Banco de España levantase las correspondientes Actas a fin de poder en marcha la maquinaria represora de la Administración. El procedimiento administrativo sancionador culminó en Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 31 de mayo de 1978, en el que se impuso al Banco de Navarra la máxima sanción prevista en el ordenamiento bancario”, contra la que se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> La exposición está tomada de SUAY RINCÓN, J., “El caso del Banco de Navarra v. el Banco de España: ¿una nueva etapa en las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito?”, cit., como en general las citas que siguen en el texto.

El argumento objeto de controversia fue, pues, el de la supuesta falta de tipificación de la sanción. Para el Tribunal Supremo, la infracción realizada por el Banco de Navarra se entendió reconducible al artículo 57 de la Ley de Ordenación Bancaria, concretamente a su letra d), que tipificaba como ilícito el incumplimiento por los bancos y banqueros de las disposiciones relativas a la confección de balances y resúmenes de resultados. Entre estas "disposiciones" a que se alude en dicho artículo, estaba, sin duda, el artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas (exigencia de documentación contable que refleje con exactitud la situación económica de la sociedad). Se planteaba además la cuestión de si las instrucciones del Banco de España podían incluirse en esa categoría. Afirma SUAY RINCÓN que es en el considerando octavo de la resolución judicial, antes reproducido, donde "hay que buscar el nervio doctrinal que sirve de base a la sentencia. Por la propia idiosincrasia del ordenamiento del crédito, basta para cumplir con el principio *nullum crimen sine lege* el que la infracción se prevea en una norma, sin ser necesario que la norma en cuestión tenga el rango de ley formal. De ahí que la violación de las instrucciones del Banco de España (normas de rango ínfimo, pero, al fin y al cabo, normas, que es de lo que se trata) sean susceptibles de ser reprimidas mediante la técnica de las sanciones administrativas".

Con todo, es claro que la incorrección de la tesis, con carácter general, "es patente, ya que ni las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito pueden ser incluidas de ningún modo en las de sujeción especial, que es una figura importada de la doctrina alemana y sólo comprensiva, de manera exclusiva, de las relaciones funcionariales, militares, penitenciarias y docentes, ni en tales relaciones cabe admitir, por principio, la existencia de reglamentos independientes, vedada en todo caso en Alemania, y excluida en España en todo el ámbito de esas relaciones que está reservado a la ley"<sup>274</sup>.

## **B. Normas de dirección de un ordenamiento sectorial**

---

<sup>274</sup> ARAGÓN REYES, M., "Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España", *cit.*, p. 36, que invoca las SSTC 2/1987 y 99/1987.

La explicación más acabada en este sentido ha sido la ofrecida por T. R. FERNÁNDEZ, en dos trabajos sobre el tema, al que después ha seguido POMED SÁNCHEZ<sup>275</sup>.

Partía el primero del proceso de desplazamiento de los poderes reglamentarios desde los órganos que normalmente los tenían atribuidos en materia crediticia a los bancos centrales respectivos, "cuyo estatuto combina la reafirmación del poder de dirección del Gobierno sobre la política monetaria y crediticia con el reconocimiento a los propios bancos de un espacio autónomo de desenvolvimiento en lo que respecta a su instrumentación concreta. Ese espacio autónomo en el cual se mueven hoy sin distinción todos los bancos centrales se corresponde perfectamente en el plano conceptual con el significado específico de las directivas o directrices (...) La estructura del concepto descansa, pues, en la disociación de los resultados y objetivos, cuya determinación es competencia irrenunciable de la autoridad a la que la ley asigna la función directiva, de los medios a emplear, cuya dirección se deja en manos de la autoridad dirigida, no sólo porque es ella y sólo ella quien está en posesión de los conocimientos técnicos necesarios para operar, sino también -y sobre todo- porque la complejidad y variabilidad de las circunstancias entre las que ha de moverse impiden materialmente fijar *a priori* todos y cada uno de los detalles de las operaciones a realizar para asegurar los objetivos pretendidos"<sup>276</sup>.

En términos aún más claros, los poderes de ordenación general de la economía que la Constitución habilita son, ante todo, "poderes de encuadramiento en el marco económico general de las actividades de este signo, que son y siguen siendo privadas". En el caso de la actividad bancaria ese encuadramiento es más estricto y se expresa no sólo en controles e intervenciones puntuales, sino también "en la definición de unos poderes de auténtica dirección y supremacía que contribuyen a delimitar lo que, en la doctrina italiana a partir de Giannini, se denomina un *ordenamiento sectorial*, es decir, un grupo organizado del que forman parte necesariamente todas las personas y entidades que desarrollan la misma actividad, en cuyo vértice se sitúa la autoridad que, por las razones dichas, asume su dirección (...)

---

<sup>275</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Los poderes normativos del Banco de España", *cit.* (1984) y "El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis", *cit.* (1991). POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Madrid, 1996.

<sup>276</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Los poderes normativos del Banco de España", *cit.*, p. 23.

En este marco no ofrece tampoco dificultad la comprensión del juego propio que está reservado dentro del grupo, del ordenamiento sectorial que éste constituye, a *cierto tipo de normas segregadas en su seno*, y el valor que a éstas es forzoso reconocer, pues en todo grupo organizado cualquiera que sea, empezando por el propio grupo familiar, son de obligada observancia no sólo las normas exteriores a él (...), sino también las que el propio grupo genera desde dentro para completar la regulación de las relaciones que a diario se producen en su interior y que las normas exteriores, en cuanto producidas desde fuera y desde lejos del lugar y del momento, no pueden visualizar en detalle”<sup>277</sup>.

### **C. Autonomía funcional y habilitación expresa mediante ley**

§ Generalmente se ha defendido, en fin, que no es necesario acudir a una u otra de estas teorías, que suponen –dice ARAGÓN REYES– una forma de “‘publicación’ de las actividades privadas, en un caso por la vía de la ‘administrativación’ pura y simple (tesis de las relaciones de sujeción especial); en otro caso por la vía, menos simple pero más efectiva, del ‘paternalismo estatal’”. Ante todo ello hay que decir que ni la ordenación de las entidades privadas de crédito puede significar su publicación (directa o indirecta), ni hay relación de dominio o jerarquía entre el Banco de España y tales entidades, ni es preciso, en consecuencia, acudir a construcciones teóricas que pueden encerrar el riesgo de desvirtuar la diferencia entre sector público y sector privado que es una de las bases constitucionales del sistema económico. Fuera del ámbito puramente interno de las relaciones administrativas, el Banco de España ha de contar con la expresa y concreta habilitación legal para regular por Circulares la materia de ordenación del crédito, en todo aquello que pueda incidir en el ejercicio de la libertad de empresa garantizada por el artículo 38 de la Constitución. Y, respecto de aquellas medidas de ordenación que en nada afecten a tal derecho (que podrán ser muy pocas) no podrá normar por sí mismo de manera independiente, sino que precisará de la también expresa y concreta habilitación efectuada

---

<sup>277</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis”, *cit.*, p. 20.



por reglamento del Gobierno o del Ministro de Economía y Hacienda”<sup>278</sup>.

§ Forma de explicación que mira más a la técnica empleada que al sentido por el que se acude a ella, y que, en cualquier caso, no deja de emplear el criterio de fondo de la autonomía funcional –con respeto de la libertad de empresa– que se encuentra, a nuestro juicio, en la raíz de las potestades normativas del Banco de España. Puesto que la pregunta por los concretos límites de este poder normativo está en íntima conexión con la de su justificación última: “¿Por qué el Banco de España cuenta con poderes normativos? ¿Cuál es el valor de estas normas, de apariencia mínima en el orden jurídico-formal? ¿En qué se apoya su valor vinculante? ¿Puede fundarse en ellas legítimamente una acción de signo represivo? ¿Qué son, jurídicamente hablando, las indicaciones, las directivas, los requerimientos y las recomendaciones que las autoridades monetarias pueden dirigir y dirigen de forma habitual a las entidades de crédito y a los intermediarios financieros? ¿Cuál es su valor?”<sup>279</sup>. Múltiples interrogantes formulados por T. R. FERNÁNDEZ, al que el propio autor, como se vio, otorga una explicación material y otra, si cabe hablar así, jurídico-formal: desde este punto de vista, la propia ley [la LORBE entonces y, con mayor razón, hoy la LABE] “dota al banco de España de una efectiva autonomía para el ejercicio de sus funciones de Banco central y *autonomía significa primariamente capacidad de autonormarse*, de producir en libertad, dentro, claro está, de los concretos límites que al efecto define la ley que la otorga, las normas jurídicas que sean precisas *para la adecuada satisfacción de los intereses y necesidades en consideración a los cuales se dispensa tal capacidad o poder*”<sup>280</sup>.

Entronca la idea, en sus líneas principales y con claras matizaciones, con el concepto de “autonomía funcional” teorizado por ROMANO<sup>281</sup>. Parte este autor de “lo infundado de la opinión que

---

<sup>278</sup> ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España”, *cit.*, pp. 37 y 38.

<sup>279</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis”, *cit.*, p. 19.

<sup>280</sup> *Ídem*, “Comentario a la disposición adicional octava”, en *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, *cit.*, p. 199.

<sup>281</sup> Cf. ROMANO, S., Voz “Autonomía” en *Fragmentos de un Diccionario jurídico*, 1947 [trad. esp. S. Santis Melendo y M. Ayerra Redín, 1964], EJE, Buenos Aires, 1964, pp. 47 ss.

considera no autónomo cualquier ordenamiento constituido sobre la base de otro ordenamiento, ya que quedaría necesariamente absorbido por él (...) En sustancia, es preciso distinguir diversos tipos de autonomía, cada una de las cuales implica una mayor o menor separación, por así decirlo, del ordenamiento que de ella deriva respecto de aquél que constituye su base". Entre una autonomía mínima (reglamentos emitidos por órganos e institutos sin personalidad) y máxima (la del Derecho internacional privado), hay toda una serie de tipos intermedios. "Las autonomías públicas más típicas son las de algunos sujetos auxiliares del Estado, esto es, de las personas jurídicas públicas que tienen tal cualidad (...): su autonomía es , por definición, *una autonomía funcional, en el sentido de que sirve para la reglamentación de intereses propios, pero también para reglamentación de intereses superiores estrictamente vinculados a los primeros y subordinados a ellos* (...) Los intereses por los cuales se la confiere [la autonomía], no son comunes a veces al sujeto a que ella compete y al Estado, sino que son exclusivos del primero, aunque deban estar armonizados y coordinados, y hasta subordinados, a los del segundo (...) Cuáles sean luego en concreto los actos en los que se manifiesta la autonomía de los sujetos auxiliares del Estado es otro problema. No hay duda de que entre tales actos deben comprenderse sus reglamentos y sus estatutos".

### **III. La reforma de la supervisión financiera, con especial atención a la regulación bancaria**

#### **A. Aclaraciones previas sobre la supervisión financiera y los elementos constitucionales de la regulación económica (remisión)**

En lo que sigue, se trata de considerar cómo la posición que se ha descrito del Banco de España –de la que deriva la actual configuración de su capacidad normativa- no puede concebirse hoy, sin hacer un excursus detallado por el mundo de la llamada regulación o supervisión de los mercados financieros.

Acometer este estudio, sin más preámbulos que los que se refieren a la evolución de las leyes de cabecera del Banco de España y al breve sumario de las tesis doctrinales que justifican su potestad de dictar normas circulares, significa adentrarse en un sistema de

conceptos muy diferente. Las claves para su interpretación no se encuentran, como es obvio, en los títulos de intervención empleados históricamente ni los problemas en liza pueden decirse muy semejantes: entre las preocupaciones de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 y las que se encuentran hoy en el fondo, por ejemplo, de la regulación de la Unión Europea sobre solvencia de las entidades de crédito, es claro que media una gran distancia conceptual y en términos de política económica.

El almacén dogmático que puede servir para esta breve descripción remite al estudio de la llamada regulación económica. Dentro de ella, la supervisión de los mercados financieros presenta singularidades propias que se apuntan brevemente en este apartado. En cambio, las cuestiones de orden constitucional relativas a la regulación económica sectorial –manifestadas, entre otros puntos, en la relación de los reguladores de la energía, de las telecomunicaciones, etc. con el Derecho de la competencia<sup>282</sup>– serán objeto de estudio en el penúltimo capítulo de este trabajo, desde la perspectiva del contenido y control de la actividad normativa de las Administraciones independientes.

## **B. La regulación financiera: continuidad y nuevos elementos**

---

<sup>282</sup> Las cuestiones constitucionales económicas implicadas en uno y otro campo –supervisión financiera, reguladores económicos sectoriales– son a nuestro juicio diferentes, aunque con una diferencia de matiz.

Ambas se encuadran en la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 de la Constitución), la cual en el plano constitucional europeo se manifiesta en el objetivo de la Unión Europea de establecer un mercado interior y promover un desarrollo sostenible basado en una “economía social de mercado altamente competitiva” (artículo 3.3 TUE). Ahora bien, las cuestiones que presenta la regulación de sectores económicamente relevantes –como energía y telecomunicaciones, por antonomasia y debido a la formación histórica de los respectivos mercados– se refieren a las libertades económicas en el mercado-espacio (artículo 26 TFUE) y su relación con la política de la competencia como libertad en el mercado-función (artículos 101 ss. TFUE) [sobre esta distinción, cf. la opinión de BETANCOR RODRÍGUEZ, reproducida *in extenso* en el Capítulo XII, apartado A].

Por su parte, los problemas relativos a la supervisión y ordenación del crédito encuentran su explicación sistemática en la configuración del SEBC en el marco de “de una economía de mercado abierta y de libre competencia” (artículo 120.1 TFUE, que abre el Capítulo de aquél dedicado a la política económica) y cuya regulación –en lo que hace a la política monetaria– se atribuye al “Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, [quien] podrá encomendar al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros” (artículo 127.6 TFUE). Cf. sobre esta explicación sistemática SÁNCHEZ BLANCO, A., “Ordenación bancaria. Condicionantes históricos y actuales”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, p. 180.

1. *La evolución del título de intervención: estabilidad financiera y riesgo de sistema*

Un primer acercamiento a la regulación actual del sector de la actividad bancaria debe partir de un análisis de la evolución del título de intervención en que aquélla se basa. Este elemento conceptual<sup>283</sup> se localizó históricamente en un primer momento, como se ha visto, en la definición de la actividad bancaria como pseudoconcesional partiendo del privilegio de emisión de moneda por el Banco de España (con algunos precedentes relativos a su actividad libre y únicamente sujeta a inscripción –Ley Cambó– e incluso, en una etapa que podría llamarse preregulatoria, con precedentes remotos en el establecimiento de normas sobre prevención de la usura, como indica ALEPUZ<sup>284</sup>).

A esta concepción inicial, a la que responden aún algunas notas del panorama bancario vigente –la caracterización de los Bancos centrales como “Bancos de bancos” o la clasificación de las entidades bancarias en función del segmento de actividad crediticia autorizado: bancos de crédito agrícola, comercial, hipotecario, etc.– sigue otra más amplia, que pone el acento del título de intervención en la ordenación bancaria entendida como ordenación del crédito. Ésta es, por lo demás, la configuración que establece la Constitución de 1978 desde el punto de vista estrictamente competencial, al atribuir en exclusiva al Estado competencia sobre las “bases de la ordenación del crédito, banca y seguros” (artículo 149.1.11ª).

---

<sup>283</sup> Como lo denomina ALEPUZ SÁNCHEZ, J. A., “La suficiencia del modelo regulatorio bancario para el tratamiento de las crisis bancarias”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado sobre *Ordenación bancaria*, cit., pp. 51 ss., a quien seguimos en esta aproximación, especialmente en cuanto distingue un elemento conceptual (título) y un elemento institucional (estructura de supervisión) en la intervención de la actividad bancaria, como rasgos definitorios –entre otros– de aquélla (cf. respectivamente pp. 57 ss. y 85 ss. del citado trabajo).

<sup>284</sup> ALEPUZ SÁNCHEZ, J. A., *ibidem*, p. 58, quien añade: “Hoy son las normas de transparencia bancaria y de protección del usuario de servicios bancarios el sedimento actual de esta fase embrionaria o pre-regulatoria del negocio de la banca”. Con todo, siendo cierto que “en el orden jurídico no hay Derecho actual y Derecho histórico, como dos mundos separados, sino Derecho vigente y Derecho derogado, y ambos son historia y presente, es decir, un proceso de evolución de categorías, conceptos e instituciones sin solución de continuidad” (GALLEGO ANABITARTE, A., en Ídem, MENÉNDEZ REXACH y J. M. DÍAZ LEMA, *El Derecho de aguas en España*, Madrid, 1986, p. 15), también lo es que en el Derecho público –y, si se apura la cuestión, aún más en el de la regulación económica– hay saltos que responden al énfasis de la política legislativa de cada momento histórico. Y entre estos saltos podemos identificar claramente, como el propio ALEPUZ reconoce y después se verá, el del mandato de transparencia y protección del inversor (*disclosure*) como una regla específicamente surgida de la legislación bursátil que alumbró la *Securities Exchange Commission* norteamericana, cuyas conexiones con las normas varias veces seculares de prevención de la usura se antojan cuando menos remotas, como se dice en el texto.

“Actualmente se empieza a hablar con gran predicamento, afirma ALEPUZ SÁNCHEZ, de un nuevo concepto justificador de la regulación bancaria y de la banca central: la estabilidad financiera. Esta aproximación conceptual es meramente evolutiva de la anterior y se debe el nacimiento de nuevos modelos de negocio bancario y a la apertura del pasivo bancario a los grandes mercados mayoristas y, por ende, a un mayor entrecruzamiento entre la tradicional regulación bancaria y la regulación de los mercados de capitales y la consecuente permeabilidad de riesgos entre el sistema bancario y el mercado de valores. En el punto de encuentro de ambos marcos regulatorios, se encuentra la necesidad de distinguir entre solvencia y comportamiento en los mercados, lo que ha determinado la apertura de partidarios y detractores entre los modelos de supervisión separada (caso español), unificada (supuesto de la FSA) o compartida con las diferentes variantes posibles (entre las que cabe mencionar el denominado modelo *twin peaks*)”<sup>285</sup>.

Éste es hoy, en efecto, el primero de los ámbitos sobre los que principalmente se proyecta la regulación de los mercados financieros en general, esto es comprendiendo a las entidades de crédito y a las empresas de servicios de inversión, así como –a ciertos efectos- a las entidades aseguradoras. Como sintetiza RECALDE CASTELLS, la regulación de los sistemas financieros “trata de garantizar la estabilidad y la solvencia de las entidades financieras, que son muy frágiles porque obtienen capitales a corto plazo, mientras que la financiación que conceden es a más largo plazo. Pero, además, son entidades interdependientes. El temor de los clientes a la crisis de una entidad financiera y a la pérdida de sus ahorros puede extenderse a los clientes de otras entidades. Ello explica que tradicionalmente se establezcan reglas dirigidas a prevenir

---

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 63. La descripción es exacta y únicamente podrían añadirse dos matices. El primero, que ya cabe inducir de nuestro texto constitucional, en una perspectiva sustantiva, la atribución de un relevante papel a los poderes públicos –al que serviría la autonomía del Banco de España- en la promoción de “las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica” (artículo 40.1): ésta es una de las tesis principales de POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Madrid, 1996, cit. Por otra parte, no deja de ser paradójico que, justamente a la luz de las consecuencias de la reciente crisis financiera, la percepción de algunos autores haya sido la inversa, esto es la de una vuelta a la ordenación bancaria: no otra es la opinión defendida por SÁNCHEZ BLANCO en el trabajo antes citado: “El tránsito desde la «ordenación bancaria», prevista por el texto constitucional español de 1978, a la «supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras», del texto consolidado del Tratado de Lisboa de 2007, incorpora la fractura del terremoto financiero de septiembre de 2009, y el retorno a la «ordenación bancaria» como metodología practicada por cada uno de los Estados miembros” (“Ordenación bancaria. Condicionantes históricos y actuales”, *cit.*, p. 180).

prudencialmente el riesgo de insolvencia para evitar su expansión en el conjunto del mercado (riesgo sistémico). El reflejo de estas preocupaciones se encuentra en la imposición de normas rigurosas en materia de capitalización de las entidades de crédito que aseguren su capacidad financiera para hacer frente a los riesgos inherentes al negocio (art. 47 LDIEC, arts. 67.2.d y 70 LMV, art. 13 LOSEP [Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre)]) o en las que garantizan a los clientes, por otros medios, la recuperación de sus fondos o inversiones”<sup>286</sup>.

## 2. *Mecanismos de protección de los depositantes e inversores*

El segundo gran objetivo de la regulación de los mercados financieros viene constituido por la “necesidad de asegurar el correcto cumplimiento de esas entidades hacia sus clientes (...), sigue explicando RECALDE. El resultado es un conjunto numeroso de normas imperativas de conducta que presiden su actuación. Aquí se sitúan también las exigencias en la configuración de la estructura organizativa interna, las previsiones sobre procedimientos de control (*compliance*), o los requisitos de honorabilidad y profesionalidad que se imponen a los administradores y directivos de las entidades financieras (arts. 43.4 LDIEC y art. 67.1 LMV). Uno y otro sector se enmarcan en un objetivo amplio de protección del inversor (art. 13 LMV). Pero no debe desconocerse que ese principio rector del Derecho de los mercados financieros busca, preferentemente, satisfacer intereses institucionales: la defensa de los mercados, en consideración a su significación y función económica.

(...) En los últimos años la respuesta legislativa al objetivo de protección al cliente o del inversor se resolvió tanto según las claves tradicionales de autorización o ilicitud de las conductas o prácticas, como desde una perspectiva menos intrusiva basada en los deberes de transparencia. (...) Valores e instrumentos financieros de calificaron, con precisión, como bienes de segundo grado, porque carecen por sí mismos de un valor de disfrute que permita

---

<sup>286</sup> RECALDE CASTELLS, A., “Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros. Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regulación del sistema financiero”, en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM) 14 (2010) [ed. a cargo de J. M<sup>º</sup> Rodríguez de Santiago y F. Velasco Caballero], sobre *Estado y mercado, en situación de crisis*, UAM-BOE, Madrid, 2010, p. 127.

compararlos con anteriores usos o con otros bienes (...) Los inversores toman sus decisiones sobre la base de la información sobre el emisor y los valores de que disponen. Esa información les permitirá establecer los precios y defender con racionalidad sus intereses. Así la concurrencia podrá ser el instrumento que determine el éxito o el fracaso de quienes luchan en estos mercados para obtener el beneplácito de los inversores. Pero la producción de esa información sólo es posible mediante su imposición legal (*mandatory disclosure*)”<sup>287</sup>.

Merece la pena detenerse, partiendo de esta amplia finalidad, en el significado que esta nota presenta en la regulación de la banca a través de ciertas notas que la singularizan frente a la legislación bursátil.

En primer término, hay una creciente tendencia a delimitar la protección que brinda la regulación de las entidades de crédito a favor de los depositantes. “Hemos empezado a comprender –señala ALEPUZ– que sometemos a los bancos a un régimen especial de regulación porque los bancos con captadores de depósitos dinerarios a la vista, no faltando adornos de corte político-social que asocian esta captación del numerario a la protección del ahorro o de los ahorristas (...) [E]s preferible proteger al individuo (al depositante) que a la finalidad subjetiva –que no causa– a la que responda su contrato de depósito. (...) Regulamos [se regulan, el legislador lo hace] los bancos por cuanto son *deposit takers* y porque solamente el depósito bancario a la vista produce el efecto multiplicador del balance bancario creando el denominado ‘dinero secundario’, algo que al Estado le interesa sobremanera controlar. Esta concepción moderna del negocio bancario fue ya plasmada en nuestra legislación de ordenación bancaria de la década de los 40 en el siglo pasado, si bien debe reconocerse que hacía pivotar la definición de la actividad de banca no sólo en la captación de depósitos dinerarios, sino en la necesidad de que tal captación pudiera ser dispuesta para la prestación de créditos bancarios. Nuestra Ley de Disciplina e

---

<sup>287</sup> *Ibidem*, pp. 128-129. Cf., para un excelente resumen de esta perspectiva, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Doctrina general de la regulación”, en *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores* (ed. póstuma a cargo de J.C. Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez), Civitas, Madrid, 2008, quien afirma que, “[e]n el plano de los textos positivos españoles ninguna otra fórmula expresa mejor aquellos postulados de política económica (...) que la norma consagrada en el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores de 29 de julio de 1988”, al decir que la CNMV “velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores” (pp. 64-65).

Intervención de las Entidades de crédito contiene una fórmula de cierre al proscribir la captación de 'fondos reembolsables del público' fuera del marco de la legislación del mercado de valores, a entidades que no sean de crédito sometidas a la supervisión del Banco de España"<sup>288</sup>.

Una segunda nota característica de la actual legislación sobre banca, aunque no sólo de ella, es que se trata de una regulación de aluvión. "Si esta circunstancia puede ser en mayor o menor medida predicable de otros sectores regulados, en este caso adquiere tintes diferenciales importantes porque el aluvión se proyecta no sólo sobre la evolución de la propia técnica jurídica que la contornea, sino también sobre la evolución del modelo de negocio bancario y sobre la evolución de la propia teoría del dinero, que es su materia prima. De este modo, confluye en la regulación actual un entremezclamiento de

---

<sup>288</sup> ALEPUZ SÁNCHEZ, J. A., "La suficiencia del modelo regulatorio bancario para el tratamiento de las crisis bancarias", *cit.*, pp. 61-62.

No es necesario hacer un gran razonamiento para ver confirmada esta línea en el vigente Derecho positivo, europeo y español, sobre entidades de crédito (lo que se refuerza, a su vez, por la nítida separación establecida respecto de entidades afines: prestadoras de servicios de pago y entidades de dinero electrónico).

En efecto, la definición de entidad de crédito en el *artículo 4 de la Directiva 2006/48/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (en su redacción por la *Directiva 2009/110/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre) es: "una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia". Definición a la que trata de ajustarse, por su parte, el *artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas*, cuya reforma se propugna por la disposición final primera del Proyecto de Ley de dinero electrónico, [BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, 28 de enero de 2011 núm. 105-1] en estos términos: "se entiende por "entidad de crédito" toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza". Sobre esta base, la reserva de actividad de las entidades de crédito se configura por el *artículo 28.2 LDIEC* (en su redacción por el citado Proyecto de Ley de dinero electrónico, disposición final segunda, apartado 1) en esta forma: "Se entenderán, en particular, reservadas a las entidades de crédito: a) La actividad definida en el párrafo a del apartado 1, del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas. b) La captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores".

Completan negativamente esta caracterización las reglas sobre dos tipos de entidades: i) de un lado, el artículo 6.1 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago define a las entidades de pago por su condición de personas jurídicas y por la *expresa prohibición de captar depósitos o fondos reembolsables al público*, así como de emitir dinero electrónico; ii) de otro, el Proyecto de Ley de dinero electrónico ciñe la actividad de las entidades de dinero electrónico a la emisión de dinero electrónico (artículos 2, 3.1 y concordantes) y modifica las definiciones de entidad de crédito de la LDIEC y del Real Decreto Legislativo 1298/1986, justamente para excluir de la definición de entidad de crédito a tales entidades.



aspectos evolutivos y de sedimentos de modelos anteriores no siempre dotados de plena coherencia (...) Esta regulación de aluvión, con sedimentos o capas de crisis anteriores, se refiere por tanto, a la creación, mantenimiento de valor y destrucción del dinero y está huérfana de una correcta dogmatización por parte del Derecho”<sup>289</sup>.

Por último, la regulación bancaria es, de nuevo por contraste con lo que sucede en el ámbito de los mercados de valores, la regulación financiera de mayor intensidad. No sólo por la cantidad, sino en función de la forma de control que se utiliza. Frente a la noción de *disclosure* o mandato de transparencia –que impera en la legislación bursátil norteamericana y, por influencia, en la europea como pieza clave-, la regulación de las entidades de crédito emplea instrumentos de mayor alcance en la intervención: “[E]l legislador sabe por experiencia que para proteger al depositante, que carece en principio de facultades de monitoreo del balance bancario, es preciso una adecuada supervisión y una auténtica «merit regulation», (...), pues frente al riesgo que pueda estar dispuesto a tomar un inversor, grande o pequeño, en función del «disclosure» de información del oferente, al Estado le compete la función (...) de asegurarse que el valor de los activos que figuran en el balance de una entidad bancaria cubren el valor de los pasivos bancarios (...) Esto explica por qué la regulación bancaria determina esa especial intensidad regulatoria que, desde la perspectiva relacional entre supervisor y supervisado, se explica a través de las tradicionalmente denominadas autorizaciones de funcionalidad operativa o de «vínculo permanente», permanencia que da lugar, como posteriormente se verá, a que dicho vínculo alcance, o deba alcanzar, a las fases correspondientes a la desagregación del balance bancario”<sup>290</sup>.

### 3. La estructura institucional de la supervisión

La tercera y última vertiente sobre la que existe un amplio consenso a la hora de describir la regulación financiera radica en que “la garantía de cumplimiento de esta normativa se hace residir en una compleja estructura institucional. Tradicionalmente España se ha

---

<sup>289</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 69.

<sup>290</sup> *Ibidem*, pp. 71-72. El término “monitoreo” figura en el Diccionario Panhispánico de Dudas (1ª ed, octubre de 2005) como sustantivación del verbo “monitorear” o “monitorizar” –más frecuente el primero en América y el segundo en España-, construido a su vez a partir del sustantivo *monitor* (del inglés *monitor* ‘dispositivo o pantalla de control’), con el sentido de ‘vigilar o seguir [algo] mediante un monitor’ y más ampliamente con el sentido general de ‘supervisar o controlar’.

inclinado por un modelo en el que la supervisión de los modelos financieros se realiza a través de un reparto sectorial de sus funciones entre tres organismos: el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones<sup>291</sup>. Sus competencias se distribuían en función de los productos o servicios que se negocian en cada sector: servicios bancarios, productos o instrumentos financieros, productos asegurativos [sic]. Pero era una clasificación con lagunas que generaba incertidumbre. (...) Los últimos años muestran las constantes reformas a las que se ha visto sometido el art. 2 LMV, lo que pone de relieve el fracaso de la pretensión por acotar el régimen del mercado de valores a través de la noción de valor negociable o, posteriormente, de instrumento financiero”<sup>292</sup>.

Esta vertiente institucional constituye, sin duda, uno de los polos de atención de nuestro trabajo, en la medida en que se confiere a los supervisores potestad normativa o se amplía aquélla, y será estudiada con detalle después, al hilo de las llamadas dimensiones internacional y europea de la regulación financiera (cf. *infra* puntos 4 y 5 de este apartado).

### **C. Líneas de tendencia en la reforma de la supervisión financiera**

#### *1. La llamada supervisión macro-prudencial y la reforma del régimen legal de los mercados financieros*

En un trabajo que traza un completo panorama de las líneas de reforma de la legislación financiera actualmente en curso, dice SÁINZ DE VICUÑA que el neologismo “supervisión macro-prudencial” alude a la necesidad de controlar “los riesgos de contagio en el sistema financiero, esto es, los riesgos sistémicos, al referirse a las

---

<sup>291</sup> Por más que la enumeración de estos reguladores encubra diferencias sustanciales desde el punto de vista de su forma jurídica y, desde luego, desde la perspectiva de su caracterización como Administraciones independientes o como otro tipo de entidades administrativas (cf. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 313 y lo que se dice sobre el particular *infra* en el Capítulo XII).

<sup>292</sup> Cf. RECALDE CASTELLS, A., “Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros. Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regulación del sistema financiero”, *cit.*, p. 129. Sobre los diversos modelos organizativos de supervisión, cf. ampliamente GUERRA AZCONA, I., “Conducta y solvencia: visión crítica del sistema de doble supervisión”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, pp. 345 ss.

infraestructuras financieras, que son precisamente los elementos técnicos de interconexión de los agentes de los mercados”.

Esta supervisión del sistema financiero en su conjunto se sitúa así –idea que cobra fuerza en el seno del G-20, o grupo de los veinte países representativos de la economía mundial, en su reunión de septiembre de 2009 y en la Unión Europea, a partir del Informe del Grupo Larosièrè- junto a la supervisión micro-prudencial, respondiendo “a un objetivo distinto y complementario: la estabilidad financiera, esto es, el funcionamiento normal de los mercados financieros, de modo que cualquier evento o «shock» se absorba por el sistema, o por el resto del sistema si se trata de la insolvencia de un componente del mismo, sin afectar a la economía real. No se centra en entidades singulares, sino en el sistema en su conjunto (...) Incluye también en su ámbito la actividad del denominado «sistema bancario en la sombra» («shadow banking system») compuesto por los grandes operadores financieros no supervisados como los fondos alternativos de inversión («hedge funds»), los inversores soberanos o las grandes compañías de inversión. Incluye también la supervisión de las infraestructuras del mercado financiero, como los sistemas de liquidación de valores, sistemas de pagos, y las telecomunicaciones propias del sector. Y las entidades no supervisadas pero influyentes en la estabilidad financiera, como las agencias de notación [calificación] («rating») o las entidades activas en el mercado de productos derivados”. En fin, “[s]i la micro-supervisión se basa en una previa delimitación normativa de las entidades sujetas a la autoridad supervisora, para la macro-supervisión –dada la ausencia de un vínculo jurídico de sujeción de la entidad al supervisor– no es precisa dicha delimitación: se extiende a cuanto pueda influir en la estabilidad financiera”<sup>293</sup>.

Puede hacerse un acercamiento a este concepto de supervisión macroprudencial desde varias *dimensiones*, siguiendo al citado autor: una primera *horizontal* [interconexiones entre los diversos sectores y mercados, que se estudiarán seguidamente: punto 3.a)]; una dimensión *temporal* (enfoque que atiende a los efectos que los ciclos y la evolución de la economía tienen sobre los llamados riesgos

---

<sup>293</sup> Cf. SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO, “La nueva función de macro-supervisión. La Junta Europea para Riesgos Sistémicos”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, pp. 303-306.

sistémicos, lo que se analizará también en el presente punto) y otra *vertical o cuantitativa* [esto es, según el tamaño de las entidades que presentan este tipo de riesgos: punto 3.b)]. A ellas habría que añadir aún las dimensiones internacional y la concretamente organizativa o institucional en el seno de la UE, a las que antes se aludió.

Cuando se habla de dimensión horizontal de la supervisión en conjunto, se trata de hacer referencia a una forma de control que ha de atender a lo global, pero sin descuidar las particularidades específicas de cada mercado geográfica o jurídicamente acotado o de cada sector, ni las relaciones entre ellos.

Ejemplos de ambos elementos existen en los mercados europeos, interconectados a su vez con los restantes a nivel mundial. En la Unión Europea "hay una zona monetaria única, pero una pluralidad de jurisdicciones, similares y convergentes en lo grueso, pero diferentes en el detalle y sujetas a autoridades y ordenamientos distintos. En el análisis horizontal de riesgos de contagio hay que bajar del nivel global y entrar en los diferentes segmentos del mercado, pues cada uno tiene su grado de interconexión: mercado interbancario monetario, mercado de repos, mercados derivados, etc. La labor de análisis de las conexiones tiene que distinguir entre modelos de negocio". El contagio, en términos patológicos que traducen el *network risk* anglosajón, tiene que prevenirse según las diferentes maneras de producirse el riesgo: condiciones habituales en la contratación bancaria como las de *cross-default* o vencimiento anticipado por otros incumplimientos, riesgos recíprocos o mutuos por interdependencias entre los agentes (efecto dominó entre entidades de crédito), riesgo-país, asimetrías de información financiera vg. por mecanismos que no se contabilizan en el balance o permutas de riesgo de crédito, y un largo etcétera<sup>294</sup>.

El aspecto temporal incide en otra cara de estos problemas: "[l]os riesgos sistémicos no son algo estático, sino que dependen de la evolución de la economía, del ciclo económico y de las tendencias del modelo de negocio de los componentes del sistema financiero", explica SÁINZ DE VICUÑA. Se ha visto "cómo la crisis traía causa, entre otras, de la prociclicidad [sic] de normas y contratos. Por ejemplo, la norma contable de que los activos del balance tienen que valorarse por su valor de mercado, la regla llamada *mark-to-market*

---

<sup>294</sup> Cf. *ibidem*, pp 306-309.

(«contabiliza según el mercado»), que obliga a contabilizar los activos del balance por su valor de mercado: (...) [e]sa regla, a resultas de la crisis, está siendo objeto de revisión, para aplicarla según un horizonte temporal no vulnerable a las oscilaciones corto-placistas [sic] del mercado. Otro ejemplo de reglas con efecto pro-cíclico son las cláusulas contractuales en los contratos estándar que se utilizan en los mercados al por mayor, como son, por ejemplo, las cláusulas llamadas de *variation margin clauses*”<sup>295</sup>. La evolución del crédito, la política monetaria –que puede crear “burbujas” o fenómenos sectoriales de incremento anormal del valor de ciertos activos-, el aumento de la morosidad, el modelo de financiación o la eliminación del *mismatch* o *décalage* entre los plazos de las fuentes de liquidez y los de la inversión, son otros tantos aspectos que han de tenerse en cuenta por lo que hace a los tiempos en que ha de ser aplicada la supervisión.

La traducción legal de todo ello encuentra eco en una serie de reformas que pueden resumirse en estos puntos, siguiendo de nuevo a RECALDE CASTELLS<sup>296</sup>:

- En relación con el régimen de las instituciones bancarias, frente a la flexibilización de los controles prudenciales en materia de contabilidad y exigencias de solvencia que supusieron los Acuerdos de Basilea II<sup>297</sup>, las propuestas actuales insisten en instrumentos que pretenden reforzar los recursos propios de las entidades financieras: en esta línea, el informe del *Financial Stability Board* entregado al G-20 en septiembre de 2009<sup>298</sup>. “En los mercados financieros, dice RECALDE, hoy nadie piensa que el mercado y las negociaciones contractuales sean instrumentos por sí solos suficientes para la

---

<sup>295</sup> *Ibidem*, pp. 309-312.

<sup>296</sup> Cf. RECALDE CASTELLS, A., “Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros. Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regulación del sistema financiero”, *cit.*, pp. 130-136.

<sup>297</sup> “Los elogios que en esta materia recibió el Banco de España se corresponden, precisamente, con la imposición de medidas contables contracíclicas (p. ej. provisiones dinámicas) particularmente rigurosas” (*ibidem*, p. 131). En la misma línea, SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO, “La nueva función de macro-supervisión. La Junta Europea para Riesgos Sistémicos”, *cit.*, p. 310.

“El Banco de España –añade RECALDE- obligó a las entidades financieras a someter a los valores resultantes de la titulación al régimen de capital propio y, en general, vino a impulsar una actitud prudente y conservadora en la aplicación de las normas de contabilidad, aunque quizá ello no siempre fuera una solución armónica con los principios contables del *market value* (Circular 4/2004 del Banco de España)” [*ibidem*, nota al pie número 32].

<sup>298</sup> [http://www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_090925b.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_090925b.pdf) (25 septiembre de 2009).

prevención de la insolvencia. Por el contrario, se defienden claramente sistemas legales que impongan exigencias en materia de recursos propios y de capital, a pesar de su menor flexibilidad”<sup>299</sup>.

- Algo similar puede decirse respecto de los mercados de valores, donde la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (conocida como MiFID, por las siglas en inglés *Markets in Financial Instruments Directive*) había supuesto la alineación con los modelos más liberales de impronta anglosajona. “Instrumentos derivados, titulización, productos estructurados poseían caracteres muy complejos que a menudo no podían desentrañarse en los cientos o incluso miles de páginas de sus folletos. Ello permite cuestionarse si la sola información cumple el papel que se le asignó para la (auto)tutela de los inversores”<sup>300</sup>. Además, la opción de la MiFID por el modelo anglosajón supuso el fin del principio de concentración de órdenes propio de la Europa continental –que suponía la monopolización de la negociación de los valores en las bolsas y en otros mercados regulados-, permitiendo a los intermediarios elegir la plaza de negociación, aunque sometiéndoles a reglas de conducta que les imponen deberes de fidelidad para con los clientes<sup>301</sup>. Frente a las medidas que se ceñían al plano de la transparencia, se trata hoy también de limitar los mercados alternativos o, al menos, extender a ellos los controles: una de las primeras medidas que se propugnan es la imposición de contrapartes centralizadas en la liquidación de

---

<sup>299</sup> RECALDE CASTELLS, A., “Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros. Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regulación del sistema financiero”, *cit.*, p. 137.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>301</sup> Sobre este extremo, el dictamen del Consejo de Estado número 1.504/2007, de 19 de julio, al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley del Mercado de Valores para transponer la Directiva 2004/39/CE, afirmó que “son cuatro los principios que inspiran la nueva regulación: modernización de los mercados de valores españoles para adaptarlos a las necesidades actuales, derivadas de la mayor complejidad de estos mercados y de la modificación del perfil de los inversores; reforzamiento de las medidas dirigidas a la protección de los distintos tipos de inversores; adaptación de los requisitos de organización exigibles a las entidades que presten servicios de inversión para garantizar que su organización se adecua a la compleja gama de servicios que prestan; en fin, mejora de las potestades supervisoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”.

*default swaps*, lo que supondría un freno al desarrollo de mercados alternativos carentes de control<sup>302</sup>.

- Por último, también se proponen reformas en el régimen de la contabilidad, como la pretensión de establecer algún tipo de control sobre la función asumida por la *International Accounting Standards Board* en relación con la elaboración de principios y reglas contables (cf. *infra* Capítulo VI), y otras que se refieren a la modificación de elementos tradicionales del régimen prudencial de las entidades que intervienen en los mercados financieros, en la línea ya apuntada de una regulación prudencial imperativa y el cumplimiento de normas de capitalización que permitan internalizar los riesgos de forma preventiva.

2. *Los problemas de orden constitucional económico sobre control y responsabilidad: apunte sobre las medidas de reestructuración bancaria*

Finalmente, las reformas político-jurídicas que actualmente se propugnan tocan también cuestiones de orden constitucional económico (en el sentido de Constitución económica que se estudia en el Capítulo XII, apartado III, al tratar de los instrumentos jurídicos de la organización del mercado). "La economía de mercado se apoya en un marco normativo en el que las decisiones de los agentes que actúan en un marco competitivo, si son erróneas, conllevan responsabilidad. Ésta se manifiesta preferentemente en el Derecho concursal y en las consecuencias que de él derivan. Pero también, en el caso de las corporaciones, en un régimen de organización que distribuye las competencias entre los órganos, reconociendo a los directores un amplio margen para tomar libremente sus decisiones, lo que se compensa con su responsabilidad en caso de infracción de los deberes de gestión. La combinación de control y responsabilidad constituye un principio fundamental de la economía de mercado, que garantiza el diligente cuidado de los administradores en el uso de los recursos y constituye un criterio que determina el sentido de sus decisiones"<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> Cf. el *Improving financial regulation - Report by the FSB to G20 Leaders* (citado en la nota 209), pp. 3 y 19.

<sup>303</sup> El resumen se toma nuevamente de RECALDE CASTELLS, A., "Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros. Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regulación del sistema financiero", *cit.*, p. 137. Parece claro que se habla —dando el calificativo por supuesto— de la

Sobre estas soluciones concursales clásicas, basadas en la expulsión del mercado de los malos deudores, inciden razonamientos que invocan el interés general –conservación del empleo, desarrollo económico regional o intereses de la economía general- o que constatan simplemente que en determinados campos estas respuestas no resultaban operativas: así, en las entidades financieras los riesgos de un colapso generalizado del sistema justifican el rechazo a la función selectiva del mercado. El problema se ha analizado sobre todo, desde un punto de vista de política legislativa, en los Estados Unidos, donde se ha articulado en torno a la que antes denominamos *dimensión vertical* de la supervisión: si existen empresas o entidades de crédito *too big to fail* y si, a su vez, esta condición conlleva alguna clase de privilegio exorbitante o aseguramiento por el Estado de no dejarlas caer, para proteger con ello todo el sistema (problema del riesgo moral, *moral hazard*, del Estado).

“De acuerdo con las normas en proyecto en América, dice SÁINZ DE VICUÑA, dichas entidades saldrán del ámbito del respectivo supervisor micro-prudencial y pasarán a la jurisdicción del órgano que ejercerá la supervisión macro-prudencial. Es decir, habrá una distinción entre entidades pequeñas y entidades grandes: las primeras sujetas a la supervisión ‘clásica’ del micro-supervisor, las segundas sujetas a la supervisión directa del nuevo supervisor macro-prudencial”. Se ha rechazado una distinción de este tipo, en cambio, en el seno de la Unión Europea, donde el Informe Larosière descarta la idea de un supervisor europeo para los bancos de mayor dimensión (en el ámbito del mercado interior europeo, treinta y nueve entidades de crédito reúnen el 70% de los activos bancarios de la UE, concentrándose en ellos las mayores probabilidades de riesgo conjunto para el sistema financiero). El nuevo marco supervisor europeo prevé para los grandes bancos, los treinta y nueve bancos sistémicos antes citados, y también para toda entidad que tenga negocio más allá de su territorio, una supervisión conjunta con colegios de micro-supervisores y –en caso de disputas entre ellos- un

---

economía *social* de mercado, o economía de mercado en el marco del Estado social (artículos 38, 1.1 y 128.2 CE) que instaaura hoy nuestra Constitución.



método para que los supervisores nacionales puedan tener capacidad decisoria<sup>304</sup>.

Por último, es de notar que esta perspectiva ha influido también en las diversas medidas adoptadas con carácter de urgencia, a fin de lograr una reestructuración bancaria eficiente en la coyuntura de la crisis financiera. El fondo del problema no es en absoluto novedoso, aunque sí las medidas previstas para solucionarlo en cuanto se las dota de carácter estructural y permanente<sup>305</sup>.

---

<sup>304</sup> Cf. SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO, “La nueva función de macro-supervisión. La Junta Europea para Riesgos Sistémicos”, *cit.*, pp. 312-314.

Sobre la legislación norteamericana, *vid.* la conocida como “Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act” (de 21 de julio de 2010): <http://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>) y el *Financial Services Oversight Council* que diseña dicha ley.

Por lo que hace a Europa, sin perjuicio de los que se dirá más detalladamente abajo, téngase en cuenta que la reforma de la micro-supervisión se encuentra ya en trance de incorporación en los ordenamientos internos: véase el proyecto de Ley por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas (BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, 15 de noviembre de 2010, Núm. 99-1; aprobado de forma definitiva por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 31 de marzo de 2011: cf. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IX Legislatura, núm. 237). Este proyecto de Ley incorpora la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis.

El dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto (número 1.819/2010, de 21 de noviembre) señaló ya que las medidas que en él se contienen –vg. las relativas a la coordinación entre colegios de supervisores, cuya decisión en caso de disputa se encomienda al Banco de España o a la CNMV, según el ámbito afectado, y no finalmente a las agencias europeas– “no son sino el primer paso hacia una más avanzada reforma del sistema europeo de supervisión financiera, cuyo mejor exponente, sin duda, lo constituye hasta el momento la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la supervisión macroprudencial comunitaria del sistema financiero y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico [Propuesta de la Comisión de 23 de septiembre de 2009, COM(2009) 499 final]”.

Por lo demás, la regulación en proyecto constituye en sí un buen resumen de las diversas dimensiones que entran en juego en la nueva concepción de la supervisión financiera. Según expresa el citado dictamen, los motivos de fondo del anteproyecto pretenden “alcanzar un mayor grado de *estabilidad financiera* a través de una *mejora tanto en la calidad y nivel de los recursos propios de las entidades como en la supervisión* de las mismas”. Ello supondrá una mejora en el plano nacional y, al mismo tiempo, la consecución de una finalidad perseguida por la normativa de la Unión Europea: “con la convergencia de las prácticas supervisoras y la intensificación en la coordinación de las autoridades supervisoras se pretende *aliviar el riesgo posible sistémico que algunas entidades de dimensión comunitaria puedan llegar a suponer*. Además (...) se evitan las distorsiones causadas en la competencia a nivel comunitario por la existencia de distintos regímenes”. Todas estas razones convergen, en fin, en el objetivo aún más general de “*facilitar el acceso de los depositantes e inversores a una mayor variedad de servicios financieros y a unos precios más reducidos gracias a la mayor competencia*”.

<sup>305</sup> La cuestión tampoco es insólita en la óptica del control y de la responsabilidad, pues –como recuerda GONDRA– existe un vínculo íntimo entre las formas de control de los administradores y la configuración más o menos rígida de los órganos de gobierno societarios, de un lado, y la existencia de las crisis bursátiles y financieras, de otro: *vid.* GONDRA, J. M., “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2009, pp. 269 ss., cuyo texto comienza

En efecto, desde el punto de vista del tráfico mercantil, “la solución de una situación de dificultades económicas de una entidad que participa en los mercados de valores puede hacer necesaria la adopción de medidas extraordinarias con el fin de lograr el saneamiento de la entidad y la continuidad de la actividad de manera solvente y rentable. El plan que se ha de llevar a cabo para resolver una crisis presenta una especial trascendencia, suele tener por objeto una refinanciación y una reestructuración de la empresa y ordinariamente va acompañado de un cambio de control, bien de manera directa o indirecta, como consecuencia de una fusión o de otro tipo de modificación estructural o de un aumento o de una reducción del capital social (...) El modelo vigente de ordenación de la solución de las crisis económicas de las entidades financieras se desarrolla en Estados Unidos a raíz de la crisis de 1929 con la creación de la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) en 1933” y, bajo su inspiración, se crea en España el Fondo de Garantía de Depósitos en 1977, cuya regulación actual comprende ya la adaptación a los sistemas europeos de garantía de depósitos, tal y como explica LEÓN SANZ<sup>306</sup>.

---

precisamente así: “Los escándalos financieros siempre llevan a dirigir la mirada al mismo punto. Los gestores de las grandes sociedades anónimas, que, de algún modo han protagonizado alguno de los episodios malhadados o han estado más cerca del ojo del huracán, atraen sobre sí las críticas más duras de la sociedad”.

<sup>306</sup> LEÓN SANZ, F. J., “Las crisis de las sociedades cotizadas y el régimen de OPA”, en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM) 14 (2010) [ed. a cargo de J. M<sup>a</sup> Rodríguez de Santiago y F. Velasco Caballero], sobre *Estado y mercado, en situación de crisis*, UAM-BOE, Madrid, 2010, pp. 141-143.

La normativa española se contiene hoy en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito, tal y como ha sido modificado por el Real Decreto 628/2010, de 14 de mayo, el cual tiene por objeto fundamental precisamente completar la trasposición de la Directiva 2009/14/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por la que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago.

En el dictamen del Consejo de Estado al proyecto de esta última norma (expediente 571/2010, de 6 de mayo), se hizo notar –en relación con la evolución de los sistemas de garantía de depósitos, de la que a continuación se trata en el texto– que “el sentido de la incorporación de estas reglas a nuestro ordenamiento interno es claro desde un punto de vista económico. La Directiva 94/19/CE explicaba ya en su parte expositiva que ‘para las entidades de crédito, el coste de participación en un sistema de garantía no es en absoluto comparable al que ocasionaría una retirada masiva de los depósitos bancarios, no sólo de una entidad en dificultades sino también de entidades saneadas, a raíz de una pérdida de confianza de los depositantes en la solidez del sistema bancario’. El riesgo de una retirada masiva de depósitos se agrava en una situación de crisis financiera como la presente, lo que ha llevado a la Directiva 2009/14/CE a elevar el nivel de cobertura y a acortar los plazos de respuesta tendentes a determinar cuándo existe un riesgo real de impago de los depósitos por parte de las entidades de crédito. Lo que la Memoria que analiza el impacto normativo expresa en los siguientes términos: ‘la norma prevé una reducción del período de tiempo que la entidad que ha realizado un impago de depósitos. Con ello, se reducen los incentivos a la retirada masiva de depósitos. Esto es importante, dado que la existencia de información imperfecta en los mercados financieros puede hacer que

De hecho, como señala el autor citado, las medidas sobre recursos propios y sobre saneamiento dirigidas a reforzar la solvencia en situaciones de dificultades económicas, se revelaron insuficientes para resolver crisis sistémicas, "como la desencadenada en 2007, aquellas que alcanzan al conjunto de las entidades en un contexto global, incluso con independencia de que cumplieran las normas sobre recursos propios y cobertura de riesgos, como consecuencia de hechos que afectan a todo el sistema financiero. Esta situación explica la aprobación del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. La creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) pretende ser coherente con los Principios Comunes de gestión de crisis acordados por los ministros de finanzas de la UE en junio de 2008"<sup>307</sup>.

Acerca de este último punto, la labor de la Unión Europea ha consistido esencialmente en elaborar, con carácter de urgencia y coyuntural, un nuevo acercamiento a las reglas sobre Derecho de la competencia para permitir en un horizonte temporal limitado la implantación efectiva de estas ayudas. Como resume en esta perspectiva URÍA FERNÁNDEZ, "en ese momento la Comisión, y es una tarea jurídica verdaderamente admirable, crea un nuevo Derecho de la competencia aplicable a las ayudas de Estado, sobre una base jurídica nueva, que ya no es el tradicional 87.3 c) del Tratado, que permite la reestructuración de entidades en dificultades, sino que es el 87.3 b), que es el que permite apoyar a economías nacionales en dificultades. Este artículo, el 87.3.b) del Tratado, sólo se había utilizado una vez desde su aprobación, y fue con ocasión de las ayudas concedidas por el Gobierno griego en los años 80. Es decir, van a analizarse las ayudas a partir de un fundamento jurídico novedoso y la Comisión (...) crea, a través de cuatro comunicaciones explicativas, unos criterios de aplicación de las normas sobre

---

se produzca un fenómeno de expectativas autocumplidas. Es decir, que puede producirse la caída de una entidad de crédito, sobre la que hay ciertos indicios de que puede presentar problemas de solvencia en el futuro, debido a que sus depositantes lleven a cabo una retirada masiva de depósitos, de forma que, lo que antes eran meramente expectativas se terminen convirtiendo en realidad aunque la entidad hubiera podido encauzar la situación de no ser por la pérdida de sus depósitos".

<sup>307</sup> Cf. *ibidem*, p. 143.

competencia en esta situación de crisis, que son diferentes de los que ya habían existido hasta ese momento”<sup>308</sup>.

Dichas comunicaciones de la Comunicación fueron, en efecto, las relativas a estos aspectos: i) acerca de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial (2008/C 270/02) [DOUE de 25 de octubre de 2008]; ii) sobre recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia (2009/C 10/03) [DOUE de 15 de enero de 2009]; iii) acerca del marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (2009/C 83/01) [DOUE de 7 de abril de 2009] y iv) sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales (2009/C 195/04) [DOUE de 19 de agosto de 2009]<sup>309</sup>.

---

<sup>308</sup> URÍA FERNÁNDEZ, F., “Reestructuración bancaria y Derecho de la Competencia”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, pp. 461-462. El citado artículo del TCE corresponde al vigente artículo 107, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su denominación y redacción por el Tratado de Lisboa de 13 de septiembre de 2007.

<sup>309</sup> En el Derecho español, de forma previa a la creación del FROB y con base en buena parte en los principios diseñados en estas comunicaciones, se procedió a la creación del Fondo de Adquisición de Activos Financieros mediante Real Decreto-ley 6/2008, de 10 de octubre. Posteriormente el Real Decreto-ley 7/2008, de 13 de octubre, de medidas urgentes en materia económico-financiera en relación con el plan de acción concertada de los países de la zona euro, autorizó el otorgamiento de avales del Estado a las operaciones de financiación nuevas que realizasen las entidades de crédito residentes en España a partir de la entrada en vigor de dicho real Decreto-ley (artículo 1).

Las previsiones de ambas normas con rango de ley fueron desarrolladas mediante Orden EHA 3118/2008, de 31 de octubre, después modificada por Orden EHA/3748/2008, de 23 de diciembre. En el dictamen al proyecto de esta última (1.919/2008, de 20 de noviembre), el Consejo de Estado se hizo eco de las novedosas previsiones en el ámbito de la Unión Europea, decididas en lo esencial en el Plan de acción europeo concertado de los países de la zona del euro, de 14 de octubre de 2008, y articuladas en la primera de las mencionadas Comunicaciones de la Comisión (2008/C 270/02), a propósito de las cuales señalaba que: “El Derecho comunitario tiene como preocupación principal en esta materia, en efecto, el que no se produzcan distorsiones innecesarias de la competencia entre instituciones financieras que operan en el mercado, ni discriminaciones por razón de la nacionalidad. En tal sentido, el régimen de ayudas que podrán considerarse compatibles con el mercado común ex artículo 87.3.c) del Tratado de la Comunidad Europea (“las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades [...] económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”) ha sido precisado en la actual coyuntura por la Comunicación de la Comisión Europea titulada “La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial” (2008/C 270/02), de 13 de octubre de 2008 y que es citada en el preámbulo de la orden sometido a consulta. Los principales criterios

#### **D. La dimensión internacional y la concreción de las reformas institucionales en el ámbito de la Unión Europea**

§ “El riesgo de contagio no es solamente doméstico. En economías abiertas y globalizadas, el mayor riesgo precisamente está en el exterior, donde ni el supervisor tradicional ni los propios participantes en el mercado tienen información directa y suficiente para mitigar dichos riesgos (...) Aunque el mundo financiero es global, no hay un regulador internacional, y de ahí las grandes diferencias en la regulación del sistema financiero”. Estas palabras de SÁINZ DE VICUÑA<sup>310</sup> pueden servir como introducción a un breve elenco de las últimas reformas producidas en el plano de los reguladores internacionales, a menudo creadores de estándares no vinculantes (*soft law*), cuya importancia creciente –por el seguimiento efectivo de dichos criterios por parte de los legisladores y reguladores internos– no puede ser desconocida.

Ante todo, esta rápida ojeada no puede dar cuenta de todas las novedades habidas, sencillamente porque éstas no se han plasmado aún de forma definitiva. Resumiendo el estado de cosas a la fecha del presente trabajo, podrían hacerse dos grandes afirmaciones. La primera, que existe un fuerte movimiento hacia la internacionalización, o globalización, en forma de entidades basadas en un funcionamiento técnico o de *auctoritas*, amplia descripción que comprende desde la juridificación propia de la organización internacional clásica (p. ej. Organización Mundial del Comercio), pasando por organizaciones internacionales con representaciones gubernamentales estables en materia financiera (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional), hasta llegar a las redes internacionales de reguladores de forma y ámbito diversos (Comité Bancario de Basilea, Comité Europeo de Supervisores Bancarios [CESB], Organización Internacional de Reguladores de Valores [IOSCO] y Comité Europeo de Reguladores de Valores [CESR]);

---

de la comunicación de la Comisión giran en torno a los siguientes puntos (...): criterios de elegibilidad de las instituciones financieras objetivos y no discriminatorios (punto 18); ámbito material de la garantía y tipos de pasivos cubiertos (puntos 19 a 24); ámbito temporal del régimen (punto 24); limitación de la ayuda a lo estrictamente necesario (puntos 25 y 26); necesidad de salvaguardias contra los posibles abusos y distorsiones indebidas de la competencia (punto 27) y seguimiento a través de medidas de ajuste (puntos 28 y 29)”.

<sup>310</sup> SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO, “La nueva función de macro-supervisión. La Junta Europea para Riesgos Sistémicos”, cit., p. 318.

tendencia esta última que ha hecho pensar en la formación de un Derecho administrativo global en el campo de los mercados financieros.

La segunda afirmación, que no pasa de mera conjetura por lo reciente de los acontecimientos, es que la sacudida provocada por la última crisis financiera ha variado en buena parte este panorama internacional, reforzando por así decir la posición de los organismos más institucionalizados y haciendo nacer, en cambio, cierto descrédito respecto de la capacidad y flexibilidad de respuesta que se presumía de los reguladores internacionales en forma de red; lo que ha ido unido, por último, a la recuperación de soluciones políticas o impulsadas directamente por ellas (papel de la Unión Europea y del grupo de los veinte países representativos de la economía mundial o G-20, como impulsor del *Financial Stability Board*)<sup>311</sup>.

Por lo demás, parece existir una gran coincidencia con este modo de pensar a este lado del Atlántico. Tras aludir a ciertas deficiencias de la dimensión internacional de la supervisión (los grupos que establecen estándares globales carecen de legitimidad política, tienen problemas de transparencia, no pueden imponer sus estándares de *soft law*: el Comité de Supervisores de Basilea no ha conseguido aún que los EEUU incorporasen las normas de Basilea II, ni tampoco lo ha hecho el *International Accounting Standards...*), SÁINZ DE VICUÑA explica que "la propuesta del G-20 para afrontar este aspecto de gobernanza internacional es atribuir la responsabilidad del seguimiento de estándares a la Junta de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*), en la que se integran los presidentes de los *international standard settings bodies*, así como la función de coordinarlos y darles mandatos 'ad hoc'; mientras que corresponderá al Fondo Monetario Internacional la aplicación de los estándares, al tiempo que recibe también del G-20 la función de detectar riesgos sistémicos globales y adoptar alertas tempranas («early warnings»)<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> Sobre toda esta problemática, véase lo que se dice más abajo con detalle (Capítulo XII, apartado III).

<sup>312</sup> Cf. SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO, "La nueva función de macro-supervisión. La Junta Europea para Riesgos Sistémicos", *cit.*, p. 319. Si bien no dejan de ser apuntes prematuros, sobre los que quedan pendientes no pocos interrogantes: "Cabe plantearse si la Junta puede desarrollar adecuadamente estas importantísimas funciones, dada su composición (más de sesenta personas, incluyendo todos los supervisores sectoriales o funcionales del G-20, ciertos organismos internacionales, y, como se ha dicho, representantes de los *international standard setting bodies*), y dado que el modo de adoptar decisiones,

§ Por último, la posición actual del Banco de España –la trascendencia, pues, del correcto entendimiento de su potestad normativa– depende hoy de la consideración de su *status* dual en el Derecho de la Unión Europea: de un lado, en cuanto supervisor nacional de las entidades de crédito; de otro, como parte del Sistema Europeo de Bancos Centrales.

Como antes se vio, ello lleva a una diferenciación inicial entre la supervisión llamada microprudencial, que corresponde en esencia a los supervisores de cada Estado miembro coordinados por los organismos europeos auxiliares de la Comisión (hoy Agencias europeas de supervisión), y la reforma de la supervisión a escala macroprudencial –en la que se inscribe justamente la creación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico. El proyecto originario de ambas vertientes se delineó en la Comunicación de la Comisión Europea sobre “Supervisión financiera europea”, de 27 de mayo de 2009 [COM 2009 (252 final)], que hablaba de dos nuevos pilares para mejorar el marco europeo de supervisión financiera (punto 2):

“- Un Consejo Europeo de Riesgo Sistémico (CERS) [posteriormente se ha traducido más bien como Junta Europea], que vigilará y evaluará las amenazas potenciales que para la estabilidad financiera se deriven de la evolución macroeconómica y de la evolución del sistema financiero en su conjunto («supervisión macroprudencial»). [...]

- Un Sistema Europeo de Supervisores Financieros (SESF), consistente en una potente red de supervisores financieros nacionales que trabajen en tándem con las nuevas Autoridades Europeas de Supervisión, a fin de salvaguardar la solidez financiera de las empresas financieras individuales y de proteger a los consumidores de servicios financieros («supervisión microprudencial»). La nueva red europea se basará en la atribución de competencias compartidas que se refuercen mutuamente y combinará la supervisión de ámbito nacional de las entidades con la centralización de determinadas tareas a nivel europeo, con vistas a

---

según su carta fundacional, es el consenso. Cómo el Fondo Monetario Internacional asegurará la aplicación mundial de los estándares, es otra cuestión abierta” (*ibidem*).

Las exposiciones de motivos de las leyes en proyecto, que suelen responder con fidelidad a las tendencias de los tiempos, hacen referencia hoy a este fenómeno. El citado proyecto de Ley por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas (BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, 15 de noviembre de 2010, Núm. 99-1) comienza así su parte expositiva: “La crisis financiera ha puesto de manifiesto numerosas deficiencias en la regulación prudencial en todo el mundo. Por ello, se ha puesto en marcha en la Unión Europea un proceso de reformas de la normativa prudencial en línea con lo discutido en el G-20 y en consonancia con la modificación que se está llevando a cabo del acuerdo de Basilea II”.

promover normas armonizadas y prácticas de supervisión coherentes. Esta red se fundamentará en los principios de colaboración, flexibilidad y subsidiariedad. Su finalidad será reforzar la confianza entre supervisores nacionales, garantizando, en particular, que los supervisores del país de acogida participen adecuadamente en la fijación de políticas relativas a la estabilidad financiera y la protección del consumidor, de modo que pueda hacerse frente con mayor eficacia a los riesgos transfronterizos”.

En lo relativo a esta segunda faceta, su propósito se describía de la siguiente manera (punto 4):

“En lo que atañe a la supervisión microprudencial, la UE ha alcanzado el límite de lo que permite la naturaleza actual de los Comités de Supervisores Europeos (comités de nivel 3) [*vid.* más abajo la explicación sobre la terminología Lamfalussy: Capítulo IV, apartado III.C], que no son sino órganos consultivos de la Comisión. (...)

El SESF debería, pues, convertirse en una red operativa europea con competencias compartidas y que generen sinergias. A nivel de la UE, los tres Comités de Supervisores existentes se sustituirían por tres nuevas Autoridades Europeas de Supervisión, a saber: una Autoridad Europea Bancaria (AEB), una Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ) y una Autoridad Europea de Valores (AEV), todas ellas con personalidad jurídica. Estas nuevas Autoridades Europeas de Supervisión asumirán todas las funciones de los actuales Comités de Supervisores, pero tendrán además competencias suplementarias, facultades legales definidas y mayor poder”.

Pues bien, la reforma de la supervisión microprudencial ha seguido una doble vía. De un lado, la de la aproximación de las legislaciones mediante la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE (entidades de crédito), 2006/49/CE (empresas de servicios de inversión) y 2007/64/CE (entidades prestadoras de servicios de pago) en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis. De otro, se han creado las nuevas Agencias europeas de supervisión, para sustituir a los antiguos Comités supervisores de nivel 3. Su mayor relevancia puede constatarse simplemente por la circunstancia de haber sido reguladas mediante Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo, y no ya mediante Decisiones de la Comisión. Con efectos desde 1 de enero de 2011, se trata hoy de las Agencias creadas por las siguientes normas:



- Reglamento (UE) 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (*Autoridad Bancaria Europea*), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión.

- Reglamento (UE) 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (*Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación*), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión.

- Reglamento (UE) 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (*Autoridad Europea de Valores y Mercados*), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión.

Por su parte, la supervisión macroprudencial ha quedado encomendada en lo fundamental a la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS) [Reglamento (UE) 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico] y, junto a ella, en determinados extremos al Banco Central Europeo [Reglamento (UE) 1096/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, por el que se encomienda al Banco Central Europeo una serie de tareas específicas relacionadas con el funcionamiento de la Junta Europea de Riesgo Sistémico].

En conjunto, esta novedosa función supone un reforzamiento de las funciones de los Bancos centrales. “El Sistema Europeo de Bancos Centrales –dice al respecto SÁINZ DE VICUÑA- presenta la doble ventaja para esta función de (a) estar compuesto por entidades independientes, esto es, al margen del juego político, y (b) que disponen ya de una capacidad técnica y una relación directa con el mercado financiero ideal para abordar los diversos enfoques del riesgo sistémico”. De otra parte, “la mitad de los bancos centrales de la zona euro tienen, además, la función de supervisión microprudencial, por lo cual acceden también a la información supervisora”; por último, “el artículo 3 del Estatuto del Sistema

Europeo de Bancos Centrales (SEBC) establece como función básica de los mismos el contribuir a la estabilidad financiera”<sup>313</sup>.

No se trata tan sólo de competencia funcional, sino que también el diseño orgánico de la JERS contribuye a una importante presencia de los Bancos centrales (y, en menor medida, de las autoridades nacionales de supervisión, en cuanto sus funciones se encomienden a órganos diferentes de aquéllos). La Junta General está compuesta por dos miembros del Banco Central Europeo, Presidente y Vicepresidente; los Gobernadores de los veintisiete Bancos Centrales de los Estados Miembros de la UE; los tres Presidentes de las nuevas Agencias europeas de supervisión sectorial; un representante de la Comisión Europea; el Presidente y los dos Vicepresidentes del Comité Científico Consultivo y el Presidente del Comité Técnico Consultivo (órganos internos) y –como miembros sin derecho de voto– el Presidente del Comité Económico y Financiero (CEF) y un representante de alto nivel por cada autoridad nacional de supervisión competente de los Estados miembros [artículo 6 del citado Reglamento (UE) 1092/2010].

Por su parte, el Comité Director está integrado por el Presidente y el Vicepresidente primero de la JERS; el Vicepresidente del BCE; otros cuatro miembros de la Junta General que sean miembros del Consejo General del BCE; un miembro de la Comisión; los Presidentes de las tres Agencias europeas de supervisión y los Presidentes del CEF y de los órganos internos antes mencionados [artículo 11].

Por último, de acuerdo al Reglamento (UE) 1096/2010, el Banco Central Europeo asume las funciones de Secretaría de la JERS, mediante la que proporciona apoyo analítico, estadístico, logístico y administrativo a dicha entidad.

#### **IV. Aspectos sustantivos de las disposiciones dictadas por el Banco de España: habilitación y contenido**

##### **A. El régimen dual de la potestad normativa**

---

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 320.

Antes de llevar a cabo un somero análisis del contenido de las circulares y circulares monetarias del Banco de España, se ha de profundizar en un aspecto que había sido apuntado con anterioridad, el de la fundamental distinción en la potestad reglamentaria externa del Banco, que está autorizado a dictar circulares monetarias en el ejercicio de esta política –luego se verá en qué términos dentro del Sistema Europeo de Bancos Centrales- y que puede aprobar, “para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias”, circulares (artículo 3.1 de la LBE).

Esta duplicidad funcional es de esencia a la configuración legal del Banco de España. Éste es –en los términos de la exposición de motivos de la LBE- “un ente de la Administración del Estado de naturaleza especial que, subordinado al Gobierno en términos generales, gozará empero de plena autonomía en el ámbito de la política monetaria”. Eso explica que se sujete en general a su actuación al ordenamiento jurídico-privado, salvo en el ejercicio de potestades administrativas, para lo que se someterá a la LRJAP (artículo 1 de la citada ley).

Es en el interior de esta última actuación donde se establece una “distinción fundamental según que la actividad desarrollada por el Banco en el ejercicio de tales potestades públicas se refiera o no a materias de política monetaria en sentido estricto. En el primer caso, que es el que propugna y legitima, según el Tratado de la Unión Económica y Monetaria, la independencia de los Bancos centrales nacionales, el régimen de actuación autónoma del Banco de España respecto de la Administración General del Estado (art. 1.1) es incondicionado, y por ello los actos administrativos que dicte en cumplimiento de sus funciones monetarias ponen fin a la vía administrativa y sólo cabe frente a ellos la impugnación judicial ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 2.1 y 3). Por el contrario, la actividad administrativa que el Banco lleve a cabo en cumplimiento de otras funciones públicas distintas de la política monetaria y ajenas, por tanto, a las exigencias de independencia que impone el Tratado (singularmente, los actos de ordenación y disciplina bancaria) no agotan la vía administrativa y

son susceptibles de recurso de alzada ante el Ministerio de Economía (art. 2.3)”<sup>314</sup>.

Lo anterior explica también la diferenciación esencial entre sus productos normativos, hasta el punto de que se ha hablado de una potestad normativa dual<sup>315</sup>. Se ha centrado la atención hasta ahora, de forma predominante, en el régimen que subsiste hoy de forma ordinaria, el atinente a las circulares dictadas en ejercicio de políticas de supervisión no monetarias. Han sido destacados, no obstante, los aspectos de procedimiento que justifican, o al menos explican una mayor autonomía en el dictado de circulares monetarias y la correlativa exigencia de menores garantías –o su sustitución por otras que se entienden presupuestas en el Derecho comunitario: así, la limitada audiencia de los interesados (artículos 3.2 LBE y 8.5 RBE en su formulación actual), basada en el entendimiento de que las circulares monetarias son elaboradas por el Banco de España en el ejercicio de una potestad en la que dispone, al mismo tiempo, de la máxima autonomía y de una marcada indisponibilidad, al limitarse a la ejecución de la política monetaria del Sistema Europeo de Bancos Centrales. De igual forma, esta reforzada autonomía llevó en su día a considerar idónea la solicitud del dictamen del Consejo de Estado de forma directa por el Gobernador del Banco de España<sup>316</sup>.

Nos queremos centrar ahora en los aspectos sustantivos. Los de las circulares merecen un estudio horizontal que remarque los extremos más conflictivos, en punto a la forma en que se concede la habilitación. El estudio del contenido de las circulares monetarias se centra, en cambio, en la constatación de que la atribución de potestad normativa en esta materia “constituía una exigencia insoslayable para el cumplimiento de las funciones políticas que tenía asignadas”<sup>317</sup>.

## **B. Circulares**

---

<sup>314</sup> LEGUINA VILLA, J. “Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 17 (2003), pp. 307-326; p. 321.

<sup>315</sup> TRUJILLO, M. J., *La potestad normativa del Banco de España. El régimen dual establecido en la Ley de Autonomía*, Servicios Jurídicos, Banco de España, Madrid, 1995.

<sup>316</sup> Sobre ambos aspectos, cf. ampliamente *infra* Capítulo XI, apartado IV.

<sup>317</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Madrid, 2000, p. 70.

§ En su trabajo sobre *Régimen jurídico del Banco de España*, POMED contabilizaba las circulares del Banco de España dictadas durante los catorce años de vigencia de la LORBE, esto es de 1980 a 1994, ascendiendo la cifra a un total de doscientas noventa y ocho. Es de notar que el autor incluía en esta recopilación todas las circulares dictadas por el Banco, entre ellas las que claramente carecían de valor normativo, como las que servían de publicidad a actos administrativos, aquellas que recordaban la existencia de ciertas obligaciones o anunciaban la celebración de convenios, etcétera y –aun entre las dotadas de valor normativo– contaba también con las que tenían carácter puramente modificativo o derogatorio de otras anteriores<sup>318</sup>.

De más interés resulta la división que realizaba el citado autor, la cual –prescindiendo de las circulares no normativas y de las dictadas en ejecución de la política monetaria– conserva aún gran parte de su valor. Distinguía, así, entre: i) las circulares dictadas por el Banco de España en el desempeño de las funciones que le corresponden en su calidad de instancia de supervisión de las entidades de crédito en cuanto Banco de bancos, y de otras entidades como las que operan en los mercados de deuda o hipotecario (el grupo entonces y hoy, sin duda, más numeroso y que admite amplias subdivisiones); ii) las aprobadas en su calidad de Banco de reserva y en el ámbito de las políticas de tipos de cambio; iii) las relacionadas con la prestación al Estado de los servicios de tesorería y la emisión de deuda y iv) las de carácter organizativo en sentido amplio, incluyendo la Central de Información de Riesgos y los sistemas de compensación electrónica.

---

<sup>318</sup> Cf. POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, cit., p. 345, quien divide inicialmente las circulares del Banco de España en tres grandes grupos: de indiscutible carácter reglamentario, simple medio de publicidad de actos administrativos y órdenes de servicio interior frecuentes en toda estructura organizativa compleja.

El descenso en el número medio de circulares aprobadas por el Banco de España –de unas treinta en dichos años a la decena de circulares, a lo sumo, durante los años de vigencia de la LABE– encuentra explicación, no sólo en la diferente forma de contabilizarlas, sino también en el hecho de que buena parte de dichas circulares correspondía a las dictadas en ejecución de la política monetaria (cuyo número se ha reducido notablemente desde la entrada en el SEBC) y también, probablemente, se deba a la clara promulgación de ciertas circulares como productos normativos, a partir de la LABE. En este sentido, se sigue en este trabajo el propio criterio del Banco de España, al recoger determinadas circulares como “normativa” en su página web (concretamente, en su índice cronológico: <http://www.bde.es/webbde/es/secciones/normativa/circu/circulares3.html#2010>). Por lo demás, como se hará en los restantes capítulos, las circulares que se limitan a modificar o derogar otras de fecha anterior no se tendrán en cuenta, salvo excepciones. Y tampoco son objeto de esta ojeada las circulares ya derogadas. Se trata, en definitiva, de hacer un repaso a las circulares actualmente en vigor, al objeto de hacerse cargo de su norma de habilitación y –según los casos, de forma muy resumida– de su contenido.

A su vez, las circulares en materia de supervisión pueden ser objeto de una tripartición, también de utilidad, entre las referidas a normas sobre contabilidad y balances, las relativas a obligaciones de información a terceros y al Banco de España y las que tratan, en fin, sobre la solvencia de las entidades de crédito.

Partiendo justamente de la LBE y del año 1994, se va a adoptar en la exposición que sigue un criterio preferentemente sistemático, atendiendo de forma especial a la primacía del primer grupo normativo en sentido amplio –supervisión– y a su división en las tres mencionadas materias –contabilidad, información y solvencia/recursos propios. Al hilo del análisis cronológico, se sucederá también el análisis de circulares sobre los restantes extremos.

Conjugando estos criterios, puede tomarse como división ésta que a continuación se desarrolla: 1) circulares sobre obligaciones de información; 2) circulares organizativas; 3) las dictadas en materias de supervisión de especial importancia, teniendo por tales a las dictadas sobre fondos de garantía de depósitos, circulares contables y circulares sobre solvencia y recursos propios; 4) circulares en materia de tipos de cambio y sobre supervisión de mercados; 5) las aprobadas, en fin, sobre otros variados aspectos.

#### *1. Circulares sobre obligaciones de información*

§ Durante la etapa que sigue inmediatamente a la entrada en vigor de la LBE, se aprueba únicamente una Circular modificativa de la 8/1990, sobre *transparencia de las operaciones y protección de la clientela* (Circular 5/1994, de 22 de julio; con posterioridad, la Circular 8/1990 ha sido modificada por las circulares 3/1996, de 27 de febrero; 3/1999, de 24 de marzo; 7/1999, de 29 de junio; 1/2000, de 28 de enero; 3/2001, de 24 de septiembre y 4/2002, de 25 de junio). Podrían éstas, pues, incluirse, en el grupo de circulares que tratan extensamente de las obligaciones de información como técnica de protección del ahorrador. Una materia que –como señalara ya POMED– sobrepasa con toda evidencia los límites del ordenamiento sectorial del crédito, ya que no afecta tan sólo a las relaciones que se

establecen entre el cabeza de grupo y sus integrantes, sino que establece obligaciones y crea derechos respecto de terceros<sup>319</sup>.

De las circulares que modifican la 8/1990 con posterioridad a 1994, cabe detenerse en las tres antes remarcadas, dictadas en los años 1999 y 2000. La singularidad de la autorización normativa de estas circulares radica en que introducen directamente –sin habilitación específica para ello– determinadas reglas contenidas en la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, o bien desarrollan otras normas legales (LDIEC) que no les confieren autorización expresa y aun invocan la adaptación o consideración de directrices del Derecho europeo.

Dice así el preámbulo de la citada Circular 3/1999 que “tiene por objeto principal precisar, en el proceso de sustitución de la peseta por el euro, diversos aspectos de la regulación sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela contenida en la Circular 8/1990; con ese objeto *se han incorporado a la misma alguna de las normas contenidas en la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, y se han tenido en cuenta otras cuestiones contempladas en las recomendaciones de la Comisión Europea de 23 de abril de 1998 sobre «comisiones bancarias por la conversión a euros» y sobre «la doble indicación de precios y otros importes monetarios»*”.

Por su parte, la Circular 7/1999 expresa en la parte expositiva que “tiene por objeto ajustar el cuadro de tipos oficiales de referencia para préstamos hipotecarios tras la introducción del euro (...) En consecuencia, *de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.2.e) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, y en la disposición adicional segunda de la Orden conjunta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994*”, se aprueba la norma.

En fin, la Circular 1/2000 encuentra un respaldo más inmediato en la Orden Ministerial de 1 de diciembre de 1999, la cual, “haciendo uso de lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, establece una nueva fórmula de cálculo del índice de tipo de interés del mercado interbancario a un año (MIBOR) con efectos 1 de enero del año 2000”.

---

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 340.

§ Las circulares 3/1998, de 27 de enero (al igual que la 4/1999, de 24 de marzo, y la 2/2009, de 18 de diciembre, que la modifican), se dirigen a las sociedades y servicios de tasación homologados y tratan sobre la información a rendir al Banco de España por dichas entidades.

Ambas se basan en el artículo 43 bis de la LDIEC, que asigna al Banco de España el control e inspección de la aplicación de la Ley 2/1981, sobre regulación del mercado hipotecario, sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Por su parte, el artículo 15, apartados 1.a) y 1.b), del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre el régimen jurídico de homologación de las sociedades y servicios de tasación, atribuye específicamente al Banco de España la vigilancia del cumplimiento por estas sociedades o servicios de los requisitos para obtener y conservar la homologación, y el apartado 3 de dicho precepto habilita al Banco de España –junto a la CNMV y la DGSFP– para “solicitar de forma individual o general de dichos servicios o sociedades cuanta información resulte adecuada para el ejercicio de sus competencias y, en particular, [...] para acceder al registro interno de profesionales”.

§ También en el ámbito de la supervisión y al hilo del crecimiento de las potestades públicas de requerimiento de información, se dicta la *Circular 6/2000, de 31 de octubre*, de modificación de la Circular 23/1992, de 18 de diciembre, sobre *préstamos, créditos y compensaciones exteriores*. Explica, en efecto, su preámbulo que, “al amparo del artículo 8 de la Orden de 27 de diciembre de 1991, que desarrolla el Real Decreto 1816/1991, la Circular 23/1992, de 18 de diciembre, reguló el procedimiento de declaración al Banco de España de las operaciones de obtención y concesión de préstamos exteriores, financieros o de naturaleza comercial, y de compensación de créditos y débitos con no residentes. Desde la entrada en vigor de la Circular mencionada, se ha producido un notable incremento tanto del número como del volumen de dichas operaciones, lo que aconseja establecer importes por debajo de los cuales no sea preciso efectuar la declaración, manteniendo un adecuado grado de calidad de la información”.

§ Como singularidad dentro de este bloque de normas relacionadas con las obligaciones de información, cabe destacar la *Circular 2/2001, de 18 de julio*, sobre declaración de operaciones y



saldos de activos y pasivos exteriores en valores negociables y, aunque trate en rigor de un aspecto de la política de tipos de cambio, la *Circular 4/2002, de 25 de junio*, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras.

La nota común a ambas circulares es la de haber sido dictadas al amparo de normas –o con sujeción a los criterios– del Banco Central Europeo, en cuanto el Banco de España queda vinculado a tales normas y recomendaciones como integrante del SEBC.

Desarrolla, en efecto, la exposición de la primera de las circulares citadas la siguiente explicación:

“El artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo establece que, a fin de cumplir las funciones del Sistema Europeo de Bancos Centrales, el Banco Central Europeo, asistido por los Bancos Centrales Nacionales, recopilará la información estadística necesaria, obteniéndola de las autoridades nacionales competentes, o directamente de los agentes económicos.

En su virtud, la Orientación BCE/2000/4, de 11 de mayo, especifica la información que los Bancos Centrales Nacionales deben poner a disposición del Banco Central Europeo, en el ámbito de las estadísticas de Balanza de Pagos, Posición de Inversión Internacional y Reservas Exteriores. *El Banco de España está sometido, de conformidad con el artículo 14.3 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, y del artículo 1.3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, a las orientaciones e instrucciones del Banco Central Europeo.*

Por consiguiente, al amparo de las disposiciones citadas, y del artículo 9 del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior, que somete a las entidades registradas, así como a las personas físicas o jurídicas residentes que efectúen operaciones con no residentes, o mantengan activos o pasivos en el exterior, a la obligación de poner a disposición del Banco de

España los datos que se les requieran, con fines de seguimiento estadístico, el Banco de España ha dispuesto: (...)”.

De forma semejante, la parte expositiva de la Circular 4/2002, tras citar el mismo precepto de los Estatutos del SEBC, explica que “por medio de la habilitación contenida en el Reglamento (CE) 2533/98 del Consejo, de 23 de noviembre de 1998, sobre la obtención de información estadística del BCE, *el BCE ha adoptado el Reglamento (CE) 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre*

estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras (en adelante, el Reglamento)". Y que, en virtud de la sumisión del Banco de España a "las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea y de los Estatutos, así como a los actos legales dictados por el BCE" (artículo 1.3 LABE), la Circular se dicta al amparo de la disposición citada y de lo previsto en la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.

§ Asimismo, como parte de las normas que imponen obligaciones de información en sentido amplio, cabe citar la Circular 3/2006, de 28 de julio, sobre residentes titulares de cuentas en el extranjero. Se dicta en desarrollo de las facultades conferidas al Banco de España por los artículos 6 y 8 de la Orden de 27 de diciembre de 1991.

§ Otro campo de gran interés dentro de las obligaciones de información es, por último, el relativo a la información que debe remitir el adquirente potencial de participaciones significativas, en la notificación a la que se refiere el artículo 57.1 de la LDIEC, sobre lo que trata la *Circular 5/2010, de 28 de septiembre*.

De forma preliminar, se explicaba que, en diciembre de 2008, "el Comité Europeo de Supervisores Bancarios (CEBS), el Comité Europeo de Supervisores de Empresas de Seguros y Fondos de Pensiones (CEIOPS) y el Comité Europeo de Reguladores de Valores (CESR) publicaron las Guías para la evaluación cautelar de las adquisiciones y los incrementos de participaciones en el sector financiero como requería la Directiva 2007/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de septiembre de 2007, por la que se modifican la Directiva 92/49/CEE, del Consejo, y las directivas 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE y 2006/48/CE, en lo que atañe a las normas procedimentales y los criterios de evaluación aplicables en la evaluación cautelar que las autoridades supervisoras deben realizar de las potenciales adquisiciones e incrementos de participaciones de las entidades del sector financiero, normas comunitarias de las que traen causa las españolas citadas. (...) Dado el enfoque adoptado en la Unión Europea, que ha regulado de forma idéntica las obligaciones de los potenciales adquirentes en entidades

bancarias, empresas de servicios de inversión o compañías aseguradoras, y considerando que esa misma identidad existe en la regulación española, donde las normas legales y reglamentarias aplicables a las entidades de crédito son análogas a las adoptadas en los otros dos ámbitos de empresas reguladas, la presente Circular se ha elaborado en plena coordinación con la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de forma que sus normas sean prácticamente idénticas a las emanadas de dichos organismos supervisores”<sup>320</sup>.

La habilitación normativa consta en el artículo 18 bis del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (en su redacción por el Real Decreto 1817/2009), el cual encomienda al Banco de España la elaboración, mediante circular, de una lista con la información que debe suministrar el adquirente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 57.1 de la LDIEC, para la evaluación cautelar de las adquisiciones significativas y de los incrementos de participaciones en entidades de crédito.

## 2. Circulares organizativas

§ En el año 1996, se aprueba la primera regulación de la *Central de Información de Riesgos* (CIR) posterior a la LBE (*Circular 3/1995, de 25 de septiembre*), si bien la norma legal de habilitación no se encuentra en dicha ley, sino aún en una serie de reglas

---

<sup>320</sup> Cf., en efecto, lo dispuesto en esta materia: en primer lugar, por la Ley 5/2009, de 29 de junio, que modificó la LDIEC, la LMV y el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (estableciendo la obligación de informar sobre la adquisición de participaciones en entidades de crédito, instituciones de inversión colectiva y entidades aseguradoras y reaseguradoras, respectivamente, en línea con la normativa europea); en segundo lugar, por los reales decretos 1817, 1818 y 1821/2009, todos ellos de 27 de noviembre, que completaron la transposición de la Directiva 2007/44/CE, citada en el texto; y por último, en las normas aprobadas en los respectivos ámbitos por el Banco de España (*Circular 5/2010*, que se trata en el texto), por la CNMV (*Circular 5/2010*, de 18 de noviembre: cf. Capítulo V *infra*) y mediante la Orden EHA/3241/2010, de 13 de diciembre, por la que se aprueba la lista de información a remitir en supuestos de adquisición o incremento de participaciones significativas y por quienes pretendan desempeñar cargos de administración y dirección en entidades aseguradoras, reaseguradoras y en sociedades cuya actividad principal consista en tener participaciones en dichas entidades. El dictamen del Consejo de Estado al proyecto de esta última precisó que “el sentido de culminar este desarrollo mediante orden ministerial [...] obedece sobre todo a *razones de coordinación con los restantes supervisores* y a la circunstancia de que los modelos de información constituyen un ‘instrumento para el efectivo cumplimiento de las funciones de control que a la DGSFP le corresponden para la garantía de los inversores’” (dictamen número 1.961/2010, de 18 de noviembre, subrayado nuestro).

preconstitucionales: “el artículo 16 del Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, y disposiciones concordantes”.

Por lo demás, los motivos sustantivos de la regulación son –por así decir- ajenos al marco legal y se mueven en un plano estrictamente técnico, que había ya sido objeto de regulación por dos circulares (18/1983, de 30 de diciembre y 7/1989, de 24 de febrero). “Varias razones –explica la parte expositiva- llevan ahora a proceder a una nueva revisión de la regulación de la CIR. En primer lugar, el cuadro de operaciones y clientes de las entidades de crédito está en constante evolución; en particular, han cobrado creciente importancia los riesgos con no residentes (...). En segundo lugar, existe un fuerte interés de las entidades usuarias por la información sobre acreditados de pequeña cuantía, al tiempo que una gran mayoría de las declarantes aprovecha ya la opción ofrecida por la actual regulación de declarar voluntariamente todos sus riesgos, y no sólo los que excedan los umbrales de obligada declaración. En tercer lugar, las usuarias solicitan un servicio más actualizado de los datos (...). En cuarto lugar, se hace preciso ajustar el texto de esta regulación a los cambios que se han producido en las instituciones mencionadas en ella, o en otras normas con las que se relaciona, y en particular en las normas contables”.

Las circulares que se han sucedido en esta materia han sido muy numerosas y procede por ello agruparlas, prescindiendo del criterio diacrónico. Aparte de las estrictamente modificativas al amparo de la legislación anterior (circulares 6/1998, de 29 de mayo; 1/2001, de 30 de marzo; 3/2002, de 25 de junio), tiene especial relevancia la *Circular 1/2004, de 29 de junio*, consciente el Banco de España del relevante cambio de la norma legal de habilitación, la cual pasa además a regular mucho más detalladamente su contenido. En efecto, afirma la parte expositiva de esta circular lo siguiente:

“La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (en adelante la Ley) dedica el capítulo VI a la Central de Información de Riesgos (en adelante CIR) derogando el artículo 16 del Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, por el que se creó dicho fichero. Dicha Ley, aunque proporciona una regulación prolija de la CIR, faculta al Banco de España para que, bien directamente o previa habilitación del Ministro de Economía, regule su funcionamiento.

La Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos fija los criterios que el Banco de España debe

respetar en la regulación de la CIR, indicando que continuará siendo de aplicación la Circular 3/1995, de 25 de septiembre, sobre la Central de Información de Riesgos, en lo que no se oponga a la propia orden, hasta tanto se establezcan por el Banco de España las determinaciones previstas en ella.

Mediante la presente Circular por la que se modifica la Circular 3/1995, el Banco de España, al tiempo que adapta el funcionamiento de la CIR al mandato de la Ley, inicia un proceso escalonado de reformas tanto en la forma como en los datos a declarar (...)."

Esta circunstancia, la ejecución directa por la circular del mandato contenido en la ley, explica la emisión de dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de norma (número 1.027/2004, de 27 de mayo), en el que –además de invocar la regla contenida en el artículo 3 de la LABE- el órgano consultivo razonaba que era preciso tener en cuenta las siguientes habilitaciones:

"- Por una parte, el artículo 59.2 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, tras señalar que la administración y gestión de la CIR corresponden al Banco de España, habilita directamente a éste para "desarrollar sus normas de funcionamiento de acuerdo con lo previsto en la presente Ley".

En relación con este precepto, el Consejo de Estado señaló, en sus dictámenes de 26 de noviembre de 2001 (expediente 3.511/2001) y de 22 de enero de 2004 (expediente 3.804/2003), que nada había que oponer a la directa habilitación normativa al Banco de España, de modo que "teóricamente es posible que la Ley habilite directamente al Banco de España para desarrollar sus previsiones", y que "así podría entenderse en el caso de la habilitación concedida en el apartado segundo del artículo 36 (que se corresponde con el vigente artículo 59.2), relativa al funcionamiento de la CIR (...)."

Pues bien, en esta habilitación se basa con carácter general la norma única de la Circular proyectada, y en particular en cuanto modifica la norma novena de la Circular 3/1995. La nueva redacción de esta norma novena desarrolla directamente, al amparo de lo previsto en el artículo 59.2 de la Ley 44/2002, los artículos 65 y 66 de dicha Ley, relativos a los derechos de acceso, cancelación y rectificación, y la suspensión de las cesiones de datos y rectificación o cancelación de los datos declarados.

- Además, hay que mencionar como normas habilitantes las disposiciones contenidas en diferentes preceptos de la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo (según lo previsto a su vez en los artículos 60.4 y 61.3 de la Ley 44/2002), en las que el Ministro de Economía habilita al Banco de España para la regulación de diversos aspectos: periodicidad y forma de remisión de las declaraciones (apartado primero, párrafo segundo, de la Orden, en el que se funda la modificación de las normas tercera y

quinta de la Circular); clases y características de los riesgos a declarar (apartado tercero, puntos 1 y 4, de la Orden, en el que se basa la nueva redacción de la norma cuarta de la Circular); e información a facilitar sobre los datos declarados (apartado cuarto, punto 1, de la Orden, al amparo del que se dicta la modificación de la norma octava de la Circular)".

**§** Diferentes aspectos organizativos son los abordados por la Circular 1/2007, de 26 de enero, sobre información que debe rendir la Sociedad Española de Sistemas de Pago, Sociedad Anónima, y aprobación de su normativa.

Se dicta en uso de la autorización concedida al Banco de España por el artículo 17 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, cuyo Capítulo V –en la redacción por Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005- establece la naturaleza, las funciones y la supervisión de la Sociedad Española de Sistemas de Pago, Sociedad Anónima, así como su régimen jurídico. Al Banco de España le corresponde, según establece la citada Ley, la supervisión de la Sociedad, debiendo autorizar sus estatutos sociales y sus modificaciones con carácter previo a su adopción por los órganos correspondientes de la Sociedad, así como las normas básicas de funcionamiento de los sistemas y servicios que aquella gestione.

**§** Por último, en materia organizativa puede destacarse la Circular 1/2008, de 25 de enero, del Banco de España, del sistema de compensación en caso de mal funcionamiento del sistema TARGET y derogación de circulares del Servicio de Liquidación del Banco de España (SLBE).

Encuentra su justificación en el funcionamiento de los sistemas europeos de liquidación en tiempo real: "El actual sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET) tiene una estructura descentralizada en la que se conectan los sistemas de liquidación bruta en tiempo real (SLBTR) nacionales y el mecanismo de pagos del BCE". La norma se dicta de conformidad con lo previsto en la Orientación del Banco Central Europeo de 26 de abril de 2007, sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (Orientación BCE/2007/2).

### 3. Materias de especial importancia en el ámbito de la supervisión

#### a) Fondos de garantía de depósitos

§ Como ha podido verse en la explicación general sobre el marco de la supervisión financiera, destaca en primer lugar la materia relativa a los *fondos de garantía de depósitos*. Dirigidas a las entidades adscritas a dichos fondos, se han dictado circulares relativas a la información sobre los saldos que integran la base de cálculo de las aportaciones a los fondos de garantía de depósitos, y alcance de los importes garantizados: *Circulares 4/2001, de 24 de septiembre y 1/2006, de 24 de febrero*, modificativa de la anterior.

Un primer aspecto de esta regulación es, por así decir, el sustantivo consistente en determinar los depósitos y activos que habrán de tomarse en cuenta para el cómputo de las aportaciones a los fondos. En esta vertiente, las circulares se dictan al amparo de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito, así como en la disposiciones finales primera y tercera del Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores, que autorizan al Banco de España, respectivamente, para desarrollar las cuestiones técnico-contables relativas al concepto de depósitos y valores garantizados y para determinar los criterios de valoración a aplicar a los distintos tipos de valores e instrumentos financieros no cotizados<sup>321</sup>.

Por lo demás, estas normas también establecen la información que las entidades adscritas deberán remitir anualmente al Banco de España a efectos del cálculo de las aportaciones (y modifican, en esta calidad, algunos puntos de la Circular 4/1991, de 14 de junio), en uso en estos casos de las facultades que otorga a aquél la Orden Ministerial de 31 de marzo de 1989, por la que se desarrolla el artículo 48 de la LDIEC.

---

<sup>321</sup> Como se vio antes en este mismo capítulo, la reciente modificación del Real Decreto 2606/1996 por el Real Decreto 628/2010, de 14 de mayo –que incorpora a nuestro Derecho la Directiva 2009/14/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por la que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago- hará seguramente necesaria la aprobación de nuevas circulares del Banco de España y de la CNMV, para establecer las adaptaciones correspondientes.

## b) Contabilidad

§ Sin duda, una de las materias de mayor relevancia a la que se refieren las circulares del Banco de España es la relativa a las *normas sobre contabilidad*, campo marcadamente transversal en el que se cruzan las diversas regulaciones de las Administraciones independientes que operan en los ámbitos financiero y económico.

La norma crucial en este punto, a partir de la promulgación de la LBE, es la *Circular 4/2004, de 22 de diciembre, dirigida a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros* (que derogó la Circular 4/1991, de 14 de junio), objeto de reformas posteriores por las circulares 6/2008, de 26 de noviembre, 3/2010, de 29 de junio y 8/2010, de 30 de noviembre.

Existen en esta materia dos cuestiones previas que, “por su propia naturaleza” –como dice la parte expositiva de la Circular 4/2004-, plantea esta norma contable: i) la de su relación con las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), reglas de origen internacional, asumidas después en forma de Reglamentos UE y que han de adaptarse, no obstante, al marco comunitario de contabilidad –Directivas contables- e incorporarse en esta medida al Derecho interno; ii) la de su conexión con las restantes normas dictadas por los “reguladores contables” y, en especial, con la regulación contable por antonomasia, contenida en el Plan General de Contabilidad y en sus desarrollos<sup>322</sup>.

i) El primer extremo está suficientemente tratado en el preámbulo de la propia Circular: ésta “tiene por objeto –dice- modificar el régimen contable de las entidades de crédito españolas, adaptándolo al nuevo entorno contable derivado de la adopción por parte de la Unión Europea de las Normas Internacionales de Información Financiera (las «NIIF» o «IFRS» en sus siglas inglesas) mediante Reglamentos Comunitarios, conforme a lo dispuesto en el Reglamento 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de las Normas

---

<sup>322</sup> Ambos problemas se abordan con mayor detalle *infra* en el Capítulo VI, sobre la capacidad normativa del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, a su vez en un doble momento: la cuestión del entronque con las NIIF se trata en el apartado IV de dicho capítulo; la relación entre los reguladores contables se analiza como “ámbito” de la normativa del ICAC, en el apartado III.B de ese Capítulo VI.



Internacionales de Contabilidad". Si bien, aclara posteriormente, "aun siendo voluntad clara y expresa del Banco de España que la Circular sea plenamente compatible con el Reglamento Comunitario, esta se aplica a un ámbito más extenso que el del propio Reglamento. En efecto, esta cubre tanto cuestiones contables (extensión de los criterios NIIF a estados financieros individuales, por ejemplo) como cuestiones relativas al ejercicio de las competencias del Banco de España, especialmente en materia supervisora". Esta última nota explica, por lo demás, alguna singularidad de la legislación del regulador español ("merece la pena destacar el área de provisiones", señala) que le ha merecido elogios en la reciente coyuntura financiera, como se ha visto.

Por lo demás, es de tener en cuenta también el Reglamento (CE) nº 1725/2003 de la Comisión de 29 de septiembre de 2003, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad; que ha sido ya objeto de múltiples modificaciones por Reglamentos de la Comisión, entre ellas las más recientes por los reglamentos 494/2009 y 495/2009, ambos de 3 de junio, que adoptaron para la Unión Europea la modificación de la norma internacional de contabilidad número 27 (IAS 27), sobre estados financieros consolidados y separados y la norma internacional de información financiera número 3 (IFRS 3), sobre combinaciones de negocios. Justamente a estas adaptaciones responden las últimas reformas de la Circular 4/2004 por las circulares 3/2010 y 8/2010 antes citadas: "El conjunto de ambas normas [internacionales] – afirma la Circular 3/2010- supone la finalización de la segunda fase del proceso de revisión iniciado en 2004 por el *International Accounting Standards Board* sobre las normas de combinaciones de negocios y consolidación que habían servido de base para el vigente texto de la Circular 4/2004, antes citada. En todo caso, la ausencia de pronunciamiento internacional respecto de las operaciones corporativas entre entidades incluidas en un mismo grupo económico ha aconsejado posponer la inclusión de su tratamiento en la Circular 4/2004, a la espera de su futuro desarrollo".

**ii)** La segunda cuestión básica es la de la relación de esta Circular del año 2004, con las normas contables generales (PGC de 2007) y las regulaciones contables aprobadas por los restantes supervisores económicos.

El preámbulo de la Circular 4/2004 manifiesta la voluntad y el compromiso del Banco de España de “adaptar, o incluso derogar, aquellos de los contenidos de la Circular que se regulen mediante la norma contable general que emane del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC)”. En línea de principio, es claro que prima en esta materia la jerarquía de las normas contables dictadas por el Gobierno, al aprobar mediante real decreto el Plan General de Contabilidad.

Sin embargo, como se estudia con detalle al tratar de las resoluciones del ICAC, la fuerza de los hechos conduce a una especie de predominio del regulador sectorial correspondiente (el de las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, los fondos de titulización, etc.), de forma que el aspecto contable queda como simplemente adjetivo. En algunos casos, prevalece incluso simplemente un aspecto temporal: el propio PGC ofrece un ejemplo de ello, al explicar cómo su norma de registro y valoración 9ª sigue el criterio de concretar el “descenso prolongado o significativo” de valor razonable de los instrumentos de patrimonio, sobre la base de una presunción establecida en su día por la Circular del Banco de España 4/2004 ahora analizada.

iii) Algunos otros aspectos que podrían destacarse del contenido de esta Circular, extensa y de gran complejidad técnica, son los relativos a la presencia de reglas que ofrecen criterios o vías de interpretación de los conceptos empleados por ella (disposición adicional segunda) o la existencia de normas que –excediendo de la habilitación conferida– tocan puntos que podrían incidir incluso en materia de derechos fundamentales.

Respecto de este último punto, el Capítulo introductorio de la circular contiene normas (cuarta y quinta, concretamente) que, más allá de la determinación de las entidades obligadas a formular cuentas anuales individuales y consolidadas, establecen que “todas las entidades y grupos de entidades de crédito deben *publicar periódicamente, a través de las respectivas asociaciones profesionales*, otras informaciones en las que se deben aplicar todos los criterios de la Circular, aunque se refieran a períodos más cortos que el anual” (en los términos que explicita el preámbulo). Extremo

que parece caer de lleno en la libertad negativa de asociación, consagrada en el artículo 22 de la Constitución<sup>323</sup>.

c) Recursos propios y solvencia

§ Un tercer y último bloque que merece destacarse con cierta extensión es el que se refiere a la regulación de la solvencia y recursos propios de las entidades de crédito y de otras entidades, como las sociedades de garantía recíproca.

Es esencial en esta materia la *Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos; recientemente modificada por la Circular 9/2010, de 22 de diciembre*.

Respecto de la *habilitación sobre la que se basaba esta norma*, se pronunció con detalle el dictamen del Consejo de Estado número 664/2008, de 8 de mayo. Comenzaba recordando, en cuanto a la autorización normativa que, "fuera del ámbito de la política monetaria, se reconoce esta facultad [reglamentaria] por el artículo 3.2 de la Ley de autonomía del Banco de España para 'dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto'. Habilitación expresa que podrá estar contenida directamente en norma con rango de ley o bien en la norma de rango reglamentario que la desarrolle. En tal sentido, subraya la exposición de motivos de la Ley de autonomía del Banco de España lo siguiente: 'En materias distintas de la política monetaria, incluidas las relativas a la supervisión de las entidades de crédito, el Banco quedará sometido no sólo a lo dispuesto en las leyes, sino también a las disposiciones reglamentarias que dicte el Gobierno en desarrollo de aquéllas'".

A continuación, decía que "en el presente proyecto de circular sólo unas pocas normas encuentran su habilitación directa en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero (en adelante Ley 13/1985) [1]; en tanto que las restantes son habilitadas por la regulación contenida en el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras (Real Decreto

---

<sup>323</sup> Debo la intuición sobre este extremo al prof. García-Andrade, a quien hago constar de nuevo mi agradecimiento.

216/2008, en lo sucesivo) [2]". Lo cual se concretaba, finalmente en estos términos:

"1. Las normas con base en la autorización concedida por la Ley 13/1985 (en su redacción por Ley 36/2007, de 16 de noviembre) son las que hacen referencia a las siguientes materias:

- En primer lugar, el artículo 6.2 de la Ley 13/1985, en su segundo párrafo, establece: *"La utilización a esos fines [determinación de los métodos de cálculo de las exigencias de recursos propios] de calificaciones externas de crédito requerirá que la empresa que las efectúe haya sido reconocida a tal efecto por el Banco de España, de acuerdo con los criterios que establezca para ello y valorando, en todo caso, la objetividad, independencia, transparencia y continua revisión de la metodología aplicada, así como la credibilidad y aceptación en el mercado de las calificaciones de crédito realizadas por dicha empresa. Será exigible la autorización del Banco de España, en las condiciones que éste determine, para utilizar a esos mismos fines las calificaciones internas de crédito o métodos internos de medición del riesgo operacional y del riesgo de mercado desarrollados por las propias entidades"*.

Así pues, dos son las habilitaciones que se contienen en este precepto legal, como se deduce de los incisos subrayados, al Banco de España. De un lado, la regulación de los requisitos de reconocimiento de las agencias de calificación externa de crédito (norma 19ª del proyecto de circular). De otro, el régimen de las condiciones de utilización de calificaciones internas de crédito y de métodos internos de medición de ciertos riesgos (cuestiones que se regulan en las normas 22ª a 35ª, 98ª y 102ª a 104ª de la circular proyectada).

- En segundo término, el artículo 10 ter.1, párrafo segundo, de la mencionada ley, dispone: "El Banco de España determinará la información mínima que deberá ser objeto de publicación con arreglo al párrafo anterior", esto es la información con relevancia prudencial, entendiendo por ésta la que las entidades de crédito y sus grupos consolidables deberán aportar sobre "aquellos datos de su situación financiera y actividad en los que el mercado y otras partes interesadas puedan tener interés con el fin de evaluar los riesgos a los que se enfrentan, su estrategia de mercado, su control de riesgos, su organización interna y su situación al objeto de dar cumplimiento a las exigencias mínimas de recursos propios previstas en esta Ley" (párrafo primero del apartado citado).

Esta materia ha sido objeto de regulación en las normas 109ª a 117ª de la circular sometida a consulta.

2. El grueso de la normativa proyectada se basa en las autorizaciones contenidas en el Real Decreto 216/2008. A su vez, cabe distinguir una habilitación general y las específicas contenidas en diversos artículos de aquél.

La primera se contiene en la disposición final quinta, apartado 1, del real decreto citado: "Se habilita al Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores para dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las disposiciones precisas para la debida ejecución de este real decreto, en particular en las siguientes áreas: la clasificación de las cuentas de orden, la clasificación y el tratamiento de los instrumentos derivados, las especificaciones técnicas y los métodos de cálculo necesarios para la medición de los diferentes riesgos enfrentados por las entidades sujetas a este real decreto y para el cálculo de las posiciones que representan grandes riesgos, las condiciones necesarias para incorporar las técnicas de reducción del riesgo de crédito, el tratamiento de las operaciones de titulización, el tratamiento del riesgo operativo, los criterios técnicos para el estudio y evaluación por parte del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de las entidades bajo su supervisión y los criterios técnicos concernientes a la publicación de información sobre solvencia".

En cuanto a esta autorización general, puede precisarse que se trata de establecer "facultades de desarrollo", como dice la rúbrica del precepto, a favor del Banco de España. Una técnica que, como encareció el dictamen del Consejo de Estado 25/2008 sobre el proyecto del que sería Real Decreto 216/2008, no ha de limitarse a autorizar en blanco la potestad de desarrollo normativo de dicha entidad, sino que ha de determinar al menos las materias sobre las que ha de recaer su regulación y las líneas esenciales que han de guiar aquélla. Desde este punto de vista, se aprecia en la disposición final quinta antes transcrita un esfuerzo de concreción de las materias en las que debe centrarse el desarrollo normativo del organismo supervisor, sin perjuicio de las habilitaciones concretas que pasan a exponerse.

Las habilitaciones específicas contenidas en el Real Decreto 216/2008 son múltiples y se señalarán, por grupos de materias, siguiendo el orden con que aparecen en el proyecto de circular sometida a consulta (...)".

Por lo que se refiere a los aspectos fundamentales de su *contenido*, la regulación sobre esta materia (Ley 13/1985, en su redacción por Ley 36/2007, Real Decreto 216/2008 y la circular ahora proyectada) gira en torno a los criterios prudenciales homogéneos en materia de recursos propios de los intermediarios financieros, que fueron objeto de armonización internacional mediante el acuerdo adoptado en el seno del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea el 26 de junio de 2004 (conocido como Acuerdo de Capital de Basilea II).

Tanto el Acuerdo de Basilea II como las directivas comunitarias desarrollaron un conjunto de medidas estructuradas sobre la base de tres pilares, cada uno de los cuales representa un enfoque diferente

de la supervisión: el primero se refiere a la adopción de reglas uniformes y determina los requerimientos mínimos de capital; el segundo establece un sistema de supervisión revisora, con el fin de mejorar la gestión interna de riesgos de las entidades; el tercer pilar responde, en fin, "al efecto disciplinario que ejerce el escrutinio del mercado" y obliga a las entidades a divulgar información sobre los aspectos claves de su perfil de negocio, exposición al riesgo y formas de gestión de éste<sup>324</sup>.

En fin, la reciente reforma de la regulación de los recursos propios de las entidades de crédito, mediante la Circular 9/2010, comprende dos tipos de modificaciones. De un lado, se incorpora lo previsto por la Directiva 2009/27/CE, de la Comisión, de 7 de abril y por la Directiva 2009/83/CE, de la Comisión, de 27 de julio, las cuales modifican determinados anejos de las directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, en lo que respecta a las disposiciones técnicas relativas a la gestión de riesgos. De otro, la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, también modifica esas mismas directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, en este caso en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis, y, además, ha introducido otras modificaciones en diversas normas técnicas contenidas en los anejos de la Directiva 2006/48/CE.

Sin embargo, por lo que hace a la transposición de estas exigencias a nuestro ordenamiento interno, entiende la parte expositiva de la Circular 9/2010 que su importancia, para asegurar la

---

<sup>324</sup> El citado dictamen 664/2008 llamó la atención sobre el hecho de que, en el proceso escalonado de producción normativa, la circular del Banco de España viniese a recoger algunas regulaciones o recomendaciones emanadas de organismos internacionales, sin adaptarlas de modo suficiente a las categorías propias del ordenamiento jurídico interno. Como muestra de este modo de proceder, señalaba el empleo de algunos términos y conceptos jurídicos en forma imprecisa, sin referir al significado propio de dichos conceptos en el ordenamiento español. Así, por ejemplo, al establecer la Norma 43ª.6 que "las hipotecas deberán ser jurídicamente válidas y eficaces en todas las jurisdicciones relevantes y deberán estar documentadas en su correspondiente tiempo y forma" (lo que el Consejo de Estado entendía que debía precisarse, en línea con el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca en el Derecho español: artículo 1.875 del Código Civil) o al disponer la Norma 44ª.3.a) que "el pago por el garante no podrá, en ningún caso, estar supeditado a que la entidad de crédito emprenda previamente acciones legales contra el deudor", lo que podría sustituirse por una concreta referencia a la renuncia al beneficio de excusión del fiador, como modelo de garantía personal en nuestro Derecho (artículo 1831.1º del Código Civil).

solidez de nuestras entidades de crédito, aconseja –en tanto no se complete el proceso de transposición de la Directiva 2009/111/CE, ahora iniciado a través de un Proyecto de Ley recientemente remitido al Congreso de los Diputados- incorporarlas, a través de un anejo a la propia CBE 3/2008 como una Guía dirigida a las mismas entidades y grupos supervisados a los que se dirige aquella. “La adopción de esta Guía –señala- se lleva a cabo en uso de la facultad del Banco de España a que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo décimo bis de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sin que sea necesaria una motivación específica, dado que la Guía coincide con los criterios técnicos establecidos en la propia Directiva. Es conveniente que consten como anejo de la Circular en la medida en que, aun sin tener carácter jurídicamente vinculante, sirven para orientar y favorecer el cumplimiento de sus propias normas en lo que se refiere a disponer de sólidos procedimientos de gobierno interno”. Sobre este particular, el dictamen del Consejo de Estado 2.610/2010, de 21 de diciembre, la ha admitido con carácter excepcional, sugiriendo que se haga constar expresamente dicho carácter y alentando su transformación en reglas jurídicamente vinculantes, en cuanto se tenga la base jurídica suficiente para ello.

Por lo que respecta a la exigencia de recursos propios en otro tipo de entidades bajo la supervisión del Banco de España, ha de destacarse la Circular 5/2008, de 31 de octubre, sobre recursos propios mínimos y otras informaciones de remisión obligatoria de las sociedades de garantía recíproca. Su habilitación se contiene en la disposición final primera del Real Decreto 216/2008, que modifica el Real Decreto 2345/1996, y en uso de la habilitación conferida al Banco de España en los apartados 1 y 3 del número 5 de la Orden de 12 de febrero de 1998, sobre normas especiales para la elaboración, documentación y presentación de información contable de las sociedades de garantía recíproca. En cuanto a su contenido, se trata de una normativa que mantiene como modelo los requerimientos equivalentes exigidos, por riesgo de crédito, a las entidades de crédito (Circular 3/2008), aunque, habida cuenta de la escasa complejidad del negocio de estas sociedades, los simplifica de manera sensible.

§ Sobre esta materia aporta una última y relevante novedad la *Circular 2/2011, de 4 de marzo, sobre coeficiente de financiación mayorista*. Aun cuando no modifica en rigor la mencionada Circular

3/2008, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, tiene un sentido enteramente similar al de aquélla desde el momento en que obliga a las "entidades de crédito individuales y los grupos consolidables de entidades de crédito a que se refiere el número 1 del artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2011 (...) a presentar el estado que se incluye como anejo a la presente Circular con idéntica periodicidad y en el mismo plazo de remisión al Banco de España que el estado RP10, «Recursos propios computables y cumplimiento de los requerimientos de recursos propios» previsto en la norma centésima vigésima segunda" de dicha circular (norma segunda, apartado 1).

De otra parte, y como se hace patente desde el preámbulo mismo de la norma, la singularidad más importante de esta Circular 2/2011 consiste justamente en que viene a dictarse en ejercicio de la habilitación conferida por la disposición final tercera Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, el cual establece –entre otras medidas- que los grupos consolidables de entidades de crédito, así como las entidades de crédito no integradas en un grupo consolidable de entidades de crédito, que pueden captar fondos reembolsables del público, "deberán contar con un capital principal de, al menos, el 8 % de sus exposiciones totales ponderadas por riesgo y calculadas de conformidad con lo previsto en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, y en su normativa de desarrollo. Dicho porcentaje será del 10 por 100 si los grupos y las entidades individuales antes mencionadas reúnen determinadas condiciones, entre las cuales se encuentra el contar con un coeficiente de financiación mayorista superior al 20 por 100 *conforme a la definición establecida por el Banco de España*", objetivo al que viene a subvenir la norma dictada por éste (cf. principalmente la definición de "coeficiente de financiación mayorista" que lleva a cabo, a estos efectos, el apartado 2 de su norma primera).

#### *4. Política de tipos de cambio y supervisión de mercados*

§ En el ámbito de la política de tipos de cambio, el Banco de España ha aprobado circulares dirigidas a los titulares de establecimientos de cambio de moneda: *Circulares 6/2001, de 29 de octubre y 3/2009, de 18 de diciembre, que la modifica.*



Explica la primera de ellas que atribuyen al Banco de España competencias en esta materia la Orden de 16 de noviembre de 2000, de regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los establecimientos de cambio de moneda y sus agentes (que desarrolla el Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre el cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito) y la Orden de 16 de noviembre de 2000, de desarrollo de la Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre los Estados miembros de la Unión Europea.

El contenido de estas circulares pivota sobre el procedimiento para obtener la autorización del ejercicio de las actividades previstas en el citado Real Decreto 2660/1998; el establecimiento de la información que deben rendir los titulares de establecimientos de cambio de moneda extranjera al Banco de España; y la determinación de sus obligaciones, y las de sus agentes, tanto de informar al público sobre los tipos de cambio y las comisiones aplicables a las operaciones que realicen, como de adoptar las medidas organizativas previstas en estas normas.

§ También como parte de esta política, se dicta la Circular 1/2010, de 27 de enero, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras. “En lugar de modificar la Circular 4/2002 –explica-, [el Banco de España] ha optado por publicar un texto consolidado que regula íntegramente todo lo relacionado con la declaración de las estadísticas de tipos de interés”.

§ Existen diversas circulares que se refieren al papel del Banco de España en la supervisión de mercados.

En primer término, la Circular 2/2007, de 26 de enero, relativa al mercado de Deuda Pública en Anotaciones, cuyo preámbulo se detiene en las particularidades de la habilitación al Banco de España para dictar esta normativa:

“El Real Decreto 505/1987, de 3 de abril, dispuso la creación de un sistema de anotaciones en cuenta para la deuda del Estado y la organización, dentro del mismo, de una Central de Anotaciones gestionada por el Banco de España. Posteriormente,

la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, atribuye la llevanza del registro contable, así como la compensación y liquidación, de los valores admitidos a negociación en el Mercado de Deuda Pública a la Sociedad de

Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores (en adelante, Sociedad de Sistemas).

Conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 44/2002, una vez que la Sociedad de Sistemas ha asumido efectivamente las funciones que se le han atribuido (en particular, en cuanto a la gestión del sistema de registro y liquidación de valores admitidos a negociación en el Mercado de Deuda Pública), *procede, manteniendo la debida coordinación con la referida Sociedad de Sistemas, sustituir la normativa vigente, integrando y sistematizando en la presente Circular los aspectos relacionados con la negociación y contratación del Mercado de Deuda Pública en virtud de las funciones atribuidas al Banco de España*”.

§ Con carácter más general, la Circular 7/2010, de 30 de noviembre, del Banco de España, trata sobre el desarrollo de determinados aspectos del mercado hipotecario. Se basa esta norma en que la aprobación de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (que modificó ampliamente la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario) y del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que desarrolla esta última Ley, supusieron “una significativa actualización normativa de nuestro mercado hipotecario, con atribución al Banco de España de competencias técnicas sobre determinados extremos, a cuyo ejercicio se contrae la presente Circular”.

#### 5. Otros aspectos

§ Un primer grupo de circulares se refiere, en fin, a los *ficheros automatizados con datos de carácter personal gestionados por el Banco de España*: así, la Circular 2/2005, de 25 de febrero y, “actualizando” ésta, las circulares 4/2005, de la misma fecha, 3/2007, de 27 de julio y 4/2008, de 31 de octubre.

Explica el preámbulo de la primera el soporte legal de estas circulares:

“El artículo 20, apartado 1, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, establece que la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado o Diario oficial correspondiente.

[Mandato que venía siendo satisfecho por el Banco de España mediante] la Circular 4/1994, de 22 de junio, Ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Banco de España, cuyo contenido, que ha sido varias veces actualizado por sucesivas circulares, lo forman las descripciones de todos los ficheros automatizados con datos de carácter personal existentes en el Banco de España.

Recientemente se ha llevado a cabo una revisión general del tratamiento automatizado de datos en el Banco de España, desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999.

[...] Dada la importancia y magnitud de las modificaciones a realizar, se ha considerado que es conveniente sustituir la Circular 4/1994 por una nueva, en la cual, además de las descripciones de todos los ficheros, los aspectos expositivos estén igualmente adaptados a la nueva realidad definida por la Ley Orgánica 15/1999.

La nueva Circular conserva la distinción que la Circular 4/1994 hace entre los ficheros que el Banco de España gestiona en atención de las funciones públicas encomendadas al mismo por la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (anejo I), y los que gestiona con el único fin de atender su propio funcionamiento interno u operativo (anejo II)".

**§** La Circular 1/2009, de 18 de diciembre, trata sobre la información sobre la estructura de capital y cuotas participativas de las entidades de crédito, y sobre sus oficinas, así como sobre los altos cargos de las entidades supervisadas.

Como explica su parte expositiva, las facultades del Banco de España en este ámbito vienen conferidas por dos tipos de fuentes. En primer lugar, las distintas normas sectoriales estatales para cada clase o tipo de entidad, y que imponen la creación y gestión por parte del Banco de España de registros oficiales de altos cargos (algunas de las cuales se contiene en normas con rango de ley: Ley de cooperativas de crédito, Ley de sociedades de garantía recíproca; y la mayoría en reales decretos). Y en segundo término, en lo que se refiere a las razones supervisoras, la LDIEC, así como otras normas estatales sectoriales, que otorgan al Banco de España facultades de control, supervisoras y sancionadoras sobre determinadas entidades y sus cargos de administración y dirección, para cuyo ejercicio resulta preciso que aquél disponga de cierta información concerniente a estos.

Pues bien, a este último respecto, señala el preámbulo que “se ha considerado preciso extender las obligaciones de información a estas personas, aunque se trate de directores de área, en el bien entendido de que ello no supone que por esa vía pretendan ampliarse ni las incompatibilidades establecidas legalmente, que solo afectan a quienes señalan las normas, ni tampoco el ámbito de los correspondientes registros de altos cargos de las Comunidades Autónomas cuando dispongan de ellos”.

§ Por último, otras materias abordadas por las circulares son las relativas a los agentes de las entidades de crédito y acuerdos celebrados para la prestación habitual de servicios financieros (Circular 4/2010, de 30 de julio) y a la publicidad de los servicios y productos bancarios (Circular 6/2010, de 28 de septiembre), precisando esta última que “las entidades de crédito que no estén asociadas a ningún sistema de autorregulación publicitaria homologado, o cuya publicidad no siga sujeta al régimen de previa autorización por parte de una Comunidad Autónoma (como ocurre con las cajas de ahorros y con muchas cooperativas de crédito), deberán someter al control del Banco de España su política de comunicación comercial y los controles internos alternativos de que dispongan para minimizar los riesgos relacionados con un incorrecto ejercicio de su actividad publicitaria”.

### **C. Circulares monetarias. Ejecución de la política del SEBC**

§ El punto de partida en el campo de las circulares monetarias es, como antes se dijo, sustancialmente diferente. Una garantía que se ha hecho presente en los modernos sistemas políticos es la de la separación entre política monetaria y función de gobierno. No es cuestión de profundizar aquí en los fundamentos económicos que están en el origen de esta convicción. Baste con recordar que “el convencimiento sobre el peligro inflacionario que encierra la reunión de las competencias de gasto y suministro monetario en una sola mano late en la nueva construcción del ordenamiento jurídico monetario”<sup>325</sup>. En consecuencia, “para los objetivos de estabilidad

---

<sup>325</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, cit., p. 21. El autor parte también de la aceptación de esta idea, que naturalmente encuentra numerosos matices en el campo de la teoría económica. Consideramos bastante la cita que hace de uno de los defensores de aquella, basado en los presupuestos científicos de la Escuela de Viena y en el peculiar entendimiento que tenía de la separación de la política monetaria que debía partir de la “desnacionalización” de aquella, esto es, de su entrega al libre juego de las fuerzas del mercado: “Gran parte de la política contemporánea se basa en la presunción de que los gobiernos tienen poder para

monetaria que procuran los Estados más desarrollados ha dejado de bastar la tradicional división política de funciones públicas, que ha debido ser completada con una nueva organización en el seno de la dirección de la política económica. Se hace necesario dividir y redistribuir también las funciones administrativas en lo que al manejo de la moneda respecta, primero, y construir con el Derecho público un sistema jurídico que garantice aquella división. Cuando menos, (...), ésta es la idea que subyace en la nueva ordenación monetaria europea”<sup>326</sup>.

§ La construcción jurídica del Sistema Europeo de Bancos Centrales, como pieza esencial de la Unión Económica y Monetaria, bebió sobre todo en el modelo de autonomía monetaria del *Bundesbank* alemán. Pero se inspiró también en ciertos rasgos del otro gran modelo de la Reserva Federal norteamericana. Es preciso, por ello, poner de relieve que mientras la existencia de esta última obedece a varios objetivos simultáneos y no siempre fácilmente complementarios –tales como el aseguramiento del pleno empleo, el mantenimiento de los precios y la moderación de los tipos de interés a largo plazo—, el *Bundesbank* tiene la finalidad mucho más estricta de mantener de forma prioritaria la estabilidad de los precios. En otras palabras, la Reserva viene obligada a apoyar con su política monetaria el desarrollo económico general del país, en tanto que los modelos europeos de organización monetaria son susceptibles de perjudicar más inmediatamente otros objetivos económicos gubernamentales. Estos últimos añaden, pues, “a la dificultad de justificar su separación con la dirección gubernamental la muy probable divergencia con esa dirección”<sup>327</sup>.

En términos de autonomía de la política monetaria, lo anterior significa que –a diferencia quizá de otras formas de autonomía que están en el fondo de las llamadas Administraciones independientes—,

---

crear, y hacer que la gente acepte, cualquier cantidad de dinero adicional. Por esta razón, los gobiernos defienden encarnizadamente sus derechos tradicionales, pero por la misma razón es importante privarles de ellos (...) No hay nada tan urgente como disolver el perverso ayuntamiento entre la política fiscal y la monetaria” (F. VON HAYEK, *La desnacionalización del dinero*, Unión Editorial, Madrid, 1983, pp. 20 y 121).

<sup>326</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, cit., pp. 23-24. Se sigue en adelante la exposición del autor sobre la construcción jurídica del SEBC, en el extremo concreto de la novedad que supuso en el sistema de fuentes europeo y, por relejo, en el ordenamiento interno español.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 37.

“la autonomía de las Autoridades monetarias, si se desea que en cualquier circunstancia asegure la estabilidad de precios, debe ser de tal grado que, en caso de confrontación entre la política económica general del Gobierno y de la política monetaria del banco central, éste no se vea obligado a ajustar sus decisiones a las consignas del primero (...) La medida de la verdadera autonomía habría de darla, pues, la capacidad de las Autoridades monetarias para desoír a sus respectivos gobiernos”<sup>328</sup>. Diferente es que la autoridad monetaria comunitaria en su conjunto, esto es el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), como enseguida se verá, sí deba apoyar con su actuación “las políticas económicas generales de la Comunidad”, actuando con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia (artículo 105.1 del Tratado de la Comunidad Europea). Lo cual obedece, como es obvio, a una lógica distinta, la de las políticas económica y monetaria entendidas como propias de la Comunidad.

§ Ello lleva, partiendo de la integración del Banco de España en el SEBC que se describió más arriba, a trazar en paralelo las dos etapas de reconocimiento de potestad normativa que recorrió el Banco de España.

Tras la eliminación de barreras a la libertad de capitales, y ya en la segunda fase de la UEM dirigida a un reforzamiento de la autonomía de los Bancos centrales, la potestad normativa concedida al Banco de España comprendía ya “un vigoroso otorgamiento de la potestad reglamentaria (...) para disciplinar el manejo de la moneda”<sup>329</sup>. En tal sentido, la LBE de 1994 trazó la división sustancial entre funciones del Banco a que antes se ha aludido, diferenciación que requiere para explicarla una auténtica “bisectriz ideal que divida las actividades del Instituto, adscribiendo a una de las partes aquellas funciones públicas que desarrolla el Banco en materia de política monetaria y de sistemas de pagos, en las cuales alcanza su máxima expresión el régimen de autonomía; y en el otro lado, las demás funciones que tiene asignadas la Autoridad bancaria que no afectan directamente a la política monetaria, tales como la supervisión prudencial, la función de tesorería, etc.”. En materia

---

<sup>328</sup> *Ibidem*, pp. 48 y 49.

<sup>329</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, cit., p. 59.

normativa, la distinción –habilitación directa de la Ley 13/1994 para el dictado de circulares monetarias; previa norma habilitante del Gobierno para la aprobación de circulares— “venía, así, a cerrar el régimen dual del Banco: autonomía nítida con relación a la política monetaria y presencia de la dirección del Gobierno de la Nación en el ejercicio de otras funciones, tales como la supervisión”<sup>330</sup>.

Las circulares monetarias dictadas en esta época reflejan a las claras el grado de autonomía de la política monetaria en ese preciso momento histórico: *Circular monetaria 1/1995, de 28 de febrero*, sobre utilización publicitaria de billetes o monedas o de sus reproducciones; *Circular Monetaria 1/1996, de 27 de septiembre*, a las entidades de crédito, sobre el coeficiente de caja; y *Circular Monetaria número 1/1998, de 29 de septiembre*, a entidades de crédito, sobre coeficiente de caja.

Mientras que la primera planteó *in extenso* el problema relativo a los trámites necesarios para su aprobación (entre ellos el relativo al preceptivo dictamen del Consejo de Estado<sup>331</sup>), su contenido no ofrecía duda alguna en cuanto al encaje en la política monetaria en el sentido más estricto; de hecho, la citada circular monetaria sigue en vigor en una materia típica del Banco central no afectada por las decisiones del SEBC.

Diferente es el caso de las otras dos circulares monetarias mencionadas, que en su día quedaban encuadradas como una pieza de la política monetaria, a la que correspondía la finalidad primordial de lograr la estabilidad de los precios (artículo 7.2 LBE), y a cuyos efectos se concedía la pertinente habilitación en el artículo 9.2 de la Ley: “Para alcanzar los objetivos de la política monetaria, el Banco de España podrá imponer a las entidades de crédito la inmovilización de fondos mediante el establecimiento de un coeficiente de caja de las siguientes características (...)” (cf. los dictámenes del Consejo de Estado sobre los respectivos proyectos de circular monetaria: números 2.886/1996, de 30 de julio y 3.643/1998, de 17 de septiembre). No es preciso decir que la materia es una de las consideradas hoy como parte imprescindible de la supervisión

---

<sup>330</sup> *Ibidem*, pp. 66 y 69. Los aspectos procedimentales de esta diferenciación inicial han sido apuntados *supra*, en el punto 1 de este mismo apartado.

<sup>331</sup> Cf. ampliamente *supra* apartado II.C, puntos 1 y 3.

prudencial –exigencia de recursos propios- y en tal sentido objeto de regulación mediante circulares.

Por último, el “ordenamiento monetario europeo” de la tercera y definitiva etapa de la UEM dota de una serie de potestades normativas al BCE en materia de política monetaria. Concretamente, los artículos 110.1 del Tratado de la Comunidad Europea y 34.1 de los Estatutos disponen en su primer guión, con idéntico tenor<sup>332</sup>, que “para el ejercicio de las funciones encomendadas al SEBC, el BCE, con arreglo a las disposiciones del presente Tratado y en las condiciones previstas en los Estatutos del SEBC, elaborará reglamentos en la medida en que ello sea necesario para el ejercicio de las funciones definidas en el primer guión del artículo 3.1 y en los artículos 19.1, 22 o 25.2 de los Estatutos del SEBC, y en los casos que se establezcan en los actos del Consejo mencionados en el apartado 6 del artículo 107”. Por su parte, precisa el apartado 2 de ambos preceptos que “el reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”; reproduciendo con ello la fuerza jurídica de este instrumento prevista con carácter general en el artículo 249, segundo párrafo, del Tratado.

Sin embargo, como ha notado GARCÍA-ANDRADE, la posición del Banco Central Europeo al dictar los reglamentos monetarios no es exactamente la misma que la que se reconoce al Consejo o al Parlamento para dictar reglamentos en el ejercicio de las restantes políticas. En el caso del BCE, éste legisla en solitario, pues los artículos 110 del Tratado y 34 de los Estatutos, que remiten en su apartado 2, cuarto párrafo, a los diversos preceptos que serán de aplicación a los reglamentos monetarios (motivación, publicidad en el DOUE, ejecutividad, etc.), no menciona entre éstos a los que se refieren a la colaboración entre diversas instituciones en la política legislativa. Lo cual responde, como es obvio, a la singular posición de autonomía del BCE en el entramado institucional de la Unión Europea, que se refuerza de modo singular en el diseño y ejecución de la política monetaria. De hecho, puede decirse que la autonomía del Banco Central, o “independencia” como la califican los artículos 108

---

<sup>332</sup> Sin más que cambiar las remisiones a que se hace referencia en los respectivos preceptos. Por lo demás, es normal que suceda así, toda vez que los Estatutos tienen la misma fuerza jurídica que el Tratado *ex* artículo 311 de éste, que los declara “parte integrante del mismo”. Se sigue en el texto la redacción del Tratado.



del Tratado y 7 de los Estatutos, es el auténtico criterio rector en la distribución competencial en la materia<sup>333</sup>.

Lo anterior ha de completarse, en fin, con una doble referencia. De un lado, existe un reconocimiento de una especie del principio de legalidad en esta distribución de potestades normativas<sup>334</sup>. Esto es, en una serie de materias, singularmente en aquellas que afectan a derechos y obligaciones de terceros, a la función consultiva legislativa, a las reservas mínimas y a otras que se consideran de capital importancia (artículos 4, 5.4, 19.2, 20, 28.1, 29.2, 30.4 y 34.3 de los Estatutos del SEBC), se prevé la intervención del Consejo, que podrá establecer límites y condiciones a la actuación del BCE mediante una legislación que el artículo 42 de los Estatutos califica de forma poco afortunada como "complementaria". Adoptará tales disposiciones "por mayoría cualificada, bien a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al BCE, bien sobre la base de una recomendación del BCE y previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión" (artículo 107.6 del Tratado). De otro, sin embargo, el artículo 20 de los Estatutos del SEBC y del BCE contiene una suerte de cláusula extensiva de la actuación de éste a través de otros "métodos operativos de control monetario que considere adecuados", además de los expresamente previstos (si bien el alcance de dichos métodos, cuando impongan obligaciones a terceros, será justamente uno de los extremos que deba fijarse previamente por el Consejo en la forma antes aludida).

En palabras de GARCÍA-ANDRADE, existe aquí, en conclusión y con las matizaciones apuntadas, "una reserva normativa sobre la materia monetaria a favor del Banco Central Europeo, cuyo sistema de relaciones se asemeja a la reserva de que disfruta el Gobierno respecto de la Asamblea en el Derecho francés", si bien se ha de deducir, a diferencia de aquélla que es expresamente constitucional, del conjunto de las disposiciones del Tratado y de los Estatutos<sup>335</sup>.

§ A una conclusión muy semejante se llega, en fin, si se traslada el modelo del ordenamiento monetario europeo al reconocimiento de potestad normativa del Banco de España en el

---

<sup>333</sup> Cf. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, cit., pp. 145 y 149 y 138 ss.

<sup>334</sup> *Ibidem*, pp. 161 ss.

<sup>335</sup> *Ibidem*, pp. 145 y 146.

Derecho interno. En efecto, a toda esta última fase de la Unión Económica y Monetaria corresponde el reconocimiento de un mayor poder reglamentario del Banco central nacional, toda vez que de la autonomía frente al Gobierno pasa a tener una autonomía –en lo que hace a la política monetaria– frente al Parlamento.

Así sucede por las propias exigencias del Tratado de la Comunidad Europea: “era (...) necesaria una ley superior a las mayorías políticas cambiantes de los Parlamentos, que lograrse que la autonomía gubernativa de los bancos centrales diese un paso adicional y decisivo hasta adquirir el rango de autonomía política en el seno de los Estados y de la Unión Europea, [que] debía ser, por tanto, además de una autonomía gubernativa, una autonomía parlamentaria. El Tratado de la Unión Europea asume la anterior función”<sup>336</sup>, en cuanto modificó el Tratado de la Comunidad y diseñó los Estatutos del SEBC como parte de éste, según se ha visto.

La recepción de esta ordenación monetaria europea tuvo lugar en nuestro Derecho, sin reforma de la Constitución (Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992), mediante dos leyes: Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y Ley 12/1998, de 28 de abril, de modificación de la Ley de autonomía del Banco de España. El artículo 1.3 LABE, en su redacción por esta última, establece en efecto que “el Banco de España es parte integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales (en adelante, SEBC) y estará sometido a las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, Tratado) y a los Estatutos del SEBC. En el ejercicio de las funciones que se deriven de su condición de parte integrante del SEBC, *el Banco de España se ajustará a las orientaciones e instrucciones emanadas del Banco Central Europeo (en adelante, BCE) en virtud de dichas disposiciones*”. Lo que concuerda con lo previsto por los artículos 14.3 y 14.4 de los Estatutos del BCE:

“Los bancos centrales nacionales serán parte integrante del SEBC y su actuación se ajustará a las orientaciones e instrucciones del BCE. El Consejo de Gobierno adoptará las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las orientaciones e instrucciones del BCE y exigirá que se le remita toda la información pertinente.

---

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 52.

Los bancos centrales nacionales podrán ejercer funciones distintas de las especificadas en el presente Estatuto, a menos que el Consejo de Gobierno decida, por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que dichas funciones interfieren en los objetivos y tareas del SEBC. Dichas funciones se ejercerán bajo la responsabilidad de los bancos centrales nacionales y no se considerarán parte de las funciones del SEBC”.

En este entramado, explica LEGUINA VILLA que la aprobación de circulares monetarias, que no necesita de ninguna habilitación normativa expresa del legislador ni del Gobierno (puesto que tales normas reglamentarias forman parte del “ámbito de absoluta autonomía” del Banco<sup>337</sup>) se hace en ejercicio “de una potestad normativa que el Banco de España ejerce con carácter exclusivo, (...) y también con carácter excluyente de interferencias o mediatizaciones de cualquier otro poder normativo del Estado, en coherencia con el nivel de independencia que el Tratado de la Unión Europea otorga al BCE y que, por tanto, exige también a los Bancos centrales nacionales que se han integrado en el SEBC”<sup>338</sup>.

Cabe hablar, por ello, de una paradoja en el sistema interno de fuentes, que deriva de la consideración de la especialidad de las circulares monetarias: “la autonomía que otorgan el Tratado y los Estatutos al Banco de España, ya no sólo respecto al Gobierno, sino también de las Cámaras Parlamentarias, expande también su fuerza al ejercicio de las potestades normativas por los integrantes del Sistema Europeo hasta incorporar en el Derecho español una especialidad en el sistema de fuentes semejante, en su dinámica, a la reserva de determinadas materias al reglamento que contiene la Constitución francesa de 1958 (...) Así, resulta que las materias relacionadas con la política monetaria que pueda llegar a regular, mediante Circulares monetarias, el Banco de España estarán vedadas, no sólo a la potestad reglamentaria del Gobierno, sino también a las leyes formales del Parlamento. Esto es, de la integración de España en la Unión Monetaria ha resultado la definición de un ámbito eventualmente propio y reservado a las

---

<sup>337</sup> La expresión se toma del dictamen del Consejo de Estado número 2.458/1994, antes citado.

<sup>338</sup> Cf. LEGUINA VILLA, J. “Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas”, *cit.*, p. 322.

Circulares monetarias del Banco de España y que escapa a las competencias del Parlamento, de suerte que si éste, o el Gobierno, llegasen a dictar una norma con rango formal de ley o meramente reglamentaria que ordenase la política monetaria, en virtud de las estipulaciones del Tratado y de los artículos de los Estatutos, sobre ellas se impondrían las Circulares monetarias del Banco de España”<sup>339</sup>.

Posibilidad que sigue siendo hipotética a día de hoy, pues desde el inicio de la tercera fase de la Unión Monetaria, el Banco de España no ha dictado circulares monetarias, si bien, como expresa de nuevo GARCÍA-ANDRADE, “no ofrece dudas que el Tratado y los Estatutos no proscriben esta posibilidad y que, desde luego, el Banco de España conserva intactas sus potestades normativas en materia monetaria”, cuyo alcance, intensidad jurídica y habilitación vendrán determinados por el necesario acomodo del Banco de España a lo dispuesto en el artículo 14.3 de los Estatutos del SEBC, antes transcrito y “en la medida en que se estime posible y adecuado recurrir (por el BCE) a los bancos centrales nacionales para ejecutar las operaciones que correspondan a las funciones del SEBC” (artículo 12.1 de los Estatutos)<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, cit., pp. 195-196.

<sup>340</sup> *Ibidem*, pp. 193-194.

## **CAPÍTULO V**

### **LAS CIRCULARES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES**

#### **I. Sentido histórico e institucional de las facultades normativas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores**

**A.** El ordinario reconocimiento hoy de la potestad normativa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) no debe dispensar de una breve ojeada histórica que encuadre el surgimiento de las normas dictadas por tal entidad.

Se ha de partir, ante todo, de que la evolución de los sectores bancarios y bursátil ha tenido lugar, en gran parte, en paralelo. La intervención pública en los mercados de valores arranca, en cuanto a la configuración moderna de las Bolsas de Comercio, de la LOCB de 1962. Sobre el período anterior de "prehistoria" de nuestras Bolsas, como gráficamente lo denomina JIMÉNEZ BLANCO<sup>341</sup>, cabe decir una palabra.

Para ello se puede partir de la distinción entre modelos de Bolsas privadas anglosajonas y Bolsas oficiales o latinas, en virtud de la cual "las primeras habrían sido creadas por los propios empresarios y las segundas por una decisión del poder político, de suerte que mientras en aquéllas la intervención pública sólo vendría en un momento posterior y como algo añadido, en éstas se contaría en todo momento con una organización y una regulación imperativas"<sup>342</sup>. La Bolsa nacería en España de forma predominante según este último modelo y a impulsos de la iniciativa oficial (Bolsa de Madrid creada por Real Decreto de 21 de septiembre de 1831, para la negociación casi en exclusivo de títulos públicos; y Bolsa de Barcelona por Real Decreto de 26 de marzo de 1936), si bien la Bolsa de Comercio de Bilbao fue creada como sociedad anónima el 20 de noviembre de

---

<sup>341</sup> JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derecho público del Mercado de Valores*, Ceura, Madrid, 1989, p. 45.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 43, con cita de ARIÑO ORTIZ, G. y SALA ARQUER, J. M., *La Bolsa en España: marco institucional*, Madrid, 1987, p. 51.

1889 y derivaría hacia un modelo jurídico latino, "como sin duda era de esperar dada su imbricación en el marco jurídico nacional"<sup>343</sup>.

Tras el cierre temporal durante la Guerra Civil, es decisiva en esta materia la LOCB de 1962, cuya base novena dispuso: "Se regulará la organización, funcionamiento y operaciones de las Bolsas oficiales de comercio y en particular las operaciones a plazo, estableciéndose rigurosamente las garantías necesarias para evitar que puedan transformarse en instrumento de peligrosa especulación". De forma más realista, el Reglamento de las Bolsas de Comercio, aprobado por Decreto 1506/1997, de 30 de junio, estableció en su artículo 1 que "las Bolsas de Comercio son instituciones de carácter económico que tienen por objeto la contratación pública mercantil sobre las materias enumeradas en el artículo 67 del Código de Comercio..." y -por lo que ahora interesa— configuró a las Juntas Sindicales de cada Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa como órganos de representación, dirección y gobierno de la Bolsa y de su respectivo Colegio de Agentes (artículo 16).

Entre las funciones más destacadas de las Juntas Sindicales se encontraban justamente las reconocidas en el artículo 17, apartados h) e i), del mencionado Reglamento de las Bolsas de Comercio: "dictar las normas por las que se rijan las liquidaciones de contado entre los Agentes del Colegio a través de la Cámara de Compensación" y "establecer las normas aplicables a las revisiones de garantías y liquidaciones definitivas de las operaciones a plazo".

En este marco jurídico, las antiguas circulares de las bolsas, en rigor acuerdos de las Juntas Sindicales de los Colegios de agentes, "emanaban tanto de la facultad autoorganizatoria que ha de reconocerse a toda agrupación u organización, como del propio Reglamento de las Bolsas de Comercio, cuyo reconocimiento las investía de una fuerza especial", como escribe FUERTES LÓPEZ, para quien la mencionada facultad de organización se explicaba perfectamente partiendo de la naturaleza de corporaciones públicas de base privada que cabía atribuir en esta época a las Bolsas en el ordenamiento jurídico español<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>344</sup> Cf. FUERTES LÓPEZ, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 47. Se destaca frecuentemente a estos efectos el estudio de SÁINZ MORENO, F., "El ejercicio privado de funciones públicas", *RAP* nº 100-102, vol. II. Una interesante aproximación a las

El contenido de las circulares, sigue diciendo la misma autora, "obligaba tanto a la junta sindical (por ejemplo, para organizar la contratación) como a los entonces miembros del mercado, los agentes de cambio y bolsa, que realizaban las principales funciones en la negociación bursátil". Pero añade que no juzga oportuno equipararlas a las actuales circulares o a lo sumo que cabe considerarlas como antecedente *secundum quid*, a la luz de dos razonamientos. Uno, su ya apuntado origen en la facultad de organización de una corporación con funciones delegadas. Otro, "la limitada eficacia de las antiguas circulares de las bolsas, limitación que operaba en un doble sentido, subjetivo y objetivo. Desde un punto de vista subjetivo, las anteriores circulares vinculaban a la propia junta sindical, como manifestación de voluntad, y a los agentes de la respectiva bolsa, mientras que las actuales circulares de la Comisión extienden su ámbito subjetivo, que alcanza a toda persona que se relacione con el ámbito bursátil (que compre o venda valores, que conozca o difunda determinada información, etc.,). Desde un punto de vista objetivo, también se encontraba más constreñido el contenido de las circulares de las bolsas, pues sólo podían referirse a cuestiones de organización, procedimiento de actuaciones bursátiles y otros aspectos de la contratación de valores, en fin, elementos propiamente internos a la contratación. A diferencia de esta situación, las circulares de la Comisión nacional no sólo ordenan el mercado, sino que imponen nuevas obligaciones, como manifestación del poder público que ostenta la Comisión"<sup>345</sup>.

De otra opinión es JIMÉNEZ BLANCO, para quien es claro el precedente normativo que suponen las circulares de las Bolsas de comercio: "con anterioridad a la LMV –dice, por contraste con lo sucedido en el caso del Banco de España– sólo el desinterés de

---

funciones de los agentes mediadores de bolsa se encuentra también en el dictamen del Consejo de Estado número 3.293/2003, en el que –a propósito de una transacción sobre el edificio de la Bolsa de Madrid entre la Dirección General del Patrimonio del Estado y la Sociedad Rectora de la Bolsa de Madrid, S.A., Sociedad Unipersonal-, se dijo que el citado inmueble no tenía carácter demanial. Frente a lo argumentado por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ("el inmueble constituye un bien de dominio público no por estar destinado a un servicio público ni al uso general, sino por haber albergado en el pasado a representantes de la Autoridad gubernativa y a una *asociación profesional [agentes mediadores de bolsa] a la que el Estado encomendaba el ejercicio de ciertas funciones públicas mediante la técnica concesional*"), se concluyó que no procedía la calificación demanial *ex* artículo 1.1 LPE 1964 porque, entre otras razones, "*la Junta Sindical del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Madrid en ningún momento pudo ser calificada como 'órgano del Estado'*" (subrayado nuestro de las respectivas opiniones de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y del Consejo de Estado).

<sup>345</sup> Cf. FUERTES LÓPEZ, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 47-48.

nuestra doctrina hizo que no se proclamara formalmente el carácter normativo de las resoluciones de la Junta Sindical, carácter que como vimos, el Reglamento de las Bolsas de Comercio reconocía sin mayores problemas y con toda naturalidad”<sup>346</sup>.

También se aparta el juicio de este autor en el punto del alcance general de las actuales circulares. Dice a este respecto que “calificar de reglamentarias las normas contenidas en las Circulares es algo que no puede hacerse sin precisar que aquí los destinatarios de las mismas no son todos los ciudadanos sino tan sólo los miembros de ese sector tan especializado que son los diferentes actores que se mueven en el mundo de los mercados de valores. En tal sentido, estamos ante normas estatutarias, cuya naturaleza es cualitativamente diferente de las normas reglamentarias en sentido clásico al ser éstas, en principio, generales, y aquéllas referirse sólo a unos determinados sujetos. Estamos, pues, ante un nuevo sector del ordenamiento que no se explica necesariamente por el principio de jerarquía, rasgo que, dicho sea de paso, no constituye singularidad alguna” —lo que ejemplifica a continuación con lo que sucede en los ordenamientos autonómico y local, en las normas de las Universidades, las de los colegios profesionales o las del Banco de España<sup>347</sup>.

---

<sup>346</sup> JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derecho público del Mercado de Valores*, cit., p. 104. Cita además en nota al pie —como lo hacemos también nosotros, por ser una opinión referida exclusivamente a los acuerdos de las Juntas Sindicales de los Colegios de mediadores, a la luz del Reglamento de Bolsas de 1967— la postura en contrario de SÁNCHEZ ANDRÉS, que sostuvo que tales acuerdos eran “manifestaciones de imperio carentes de significación normativa”, pues “se limitan a concretar, determinar o desarrollar previsiones que de un modo genérico venían ya contempladas en una norma superior, no llegando a innovar, por tanto, el ordenamiento existente. Por esta razón entendemos que las decisiones aludidas no se sitúan en el plano de las fuentes del Derecho ni dan origen a normas objetivas. Se trata más bien de simples órdenes que de verdaderas ordenanzas. Entendidas de este modo, su naturaleza no puede ser otra que la de los actos administrativos, dentro de los cuales se corresponderán con la categoría de los *actos generales*, de significación muy distinta a la de los verdaderos Reglamentos, cuyas normas nunca pueden derogar” (SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español”, *RDM* núm. 155 [1980], pp. 7 ss.; trabajo luego recogido en la obra —conforme a la que se cita— *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores*, cit., pp. 277 ss.; las frases del texto en pp. 319-320).

<sup>347</sup> JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derecho público del Mercado de Valores*, cit., p. 105. Punto en el que también era contraria la opinión de SÁNCHEZ ANDRÉS, al menos en la época del citado trabajo (“En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español”, 1980), donde se sostenía que el Derecho bursátil, “carente de principios propios e integrado en buen aparte en el seno de la normativa mercantil (pública y privada), no constituye un Derecho nuevo ni representa una rama independiente del ordenamiento. (...) Con esa rúbrica se designa tan sólo un conjunto de normas, cuya unidad deriva preferentemente de la materia regulada”. Y ello a pesar de las aportaciones alemanas que hablaban ya entonces de un Derecho del mercado de capitales, e inscribiéndolo más bien —según la terminología de Garrigues— en uno de los meros ‘Derechos informativos’ y no ‘Derechos nuevos’



**B.** Se llega así a la promulgación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que no sólo fue tramitada en paralelo con la LDIEC, sino que contribuyó a configurar conjuntamente la ordenación del sistema crediticio y del mercado de valores<sup>348</sup>.

El artículo 15 de la LMV, en su primer párrafo, reza así:

“La Comisión Nacional del Mercado de Valores, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la presente Ley, podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos aprobados por el Gobierno o en las Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello”.

A la hora de ofrecer explicaciones de la solución técnica seguida por la ley en el primer párrafo de este artículo 15, en la doctrina se replanteó –si bien con mucha menor intensidad– la cuestión del alcance de la habilitación al legislador y de la eventual autorización “concurrente” por parte del Gobierno o de uno de sus ministros, que ya había sido abordada al tratar de la fórmula similar empleada por la disposición adicional octava de la LDIEC [cf. ampliamente apartado I.C del capítulo anterior].

Como entonces se vio, el tenor literal de la LDIEC –que hablaba, de modo casi idéntico, de “disposiciones necesarias para el desarrollo o ejecución de la regulación contenida en las disposiciones generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que, además, dichas normas le habiliten de modo expreso para ello”– fue objeto de crítica desde una doble

---

(Derecho de sociedades, bancario, industrial, de seguros, etc.), “que sin presuponer un conjunto orgánico de normas dotado de verdadera especialidad, constituyen, no obstante, un sistema de análisis y exposición que, a efectos prácticos, académicos y didácticos facilita una contemplación global, pero desprovista de efectiva independencia, para ciertos grupos de normas previamente delimitadas por razón de la materia” (pp. 278-279).

<sup>348</sup> Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Significado general del anteproyecto”, *RDBB* núm. 28 (1988), pp. 702 ss. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis” y “Comentario a la disposición adicional octava”, ambos en *VVAA* [dir. T.R. Fernández], *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, <sup>2</sup>1991, pp. 14 ss. y 197 ss., respectivamente.

También resultó esencial en la configuración general de la ley –como reconoce el primer párrafo de la exposición de motivos de la LMV– el Informe emitido por la Comisión para el estudio del Mercado de Valores: *Informe que eleva la Comisión al Excmo. Sr. Vicepresidente para Asuntos Económicos y Ministro de Economía*, Ed. oficial del Ministerio de Economía, 1978.

perspectiva. De un lado, porque suponía un recorte a las posibilidades de regulación por el Banco de España de ciertas materias para las que le habilitase de forma directa la ley (así, sobre todo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y GALÁN CORONA). De otro, porque la solución parecía apuntar, como base de esta potestad, a la teoría de la delegación legislativa en cadena –contra el principio *delegata potestas non delegatur*– más que a la de la remisión normativa, que de forma clara es la que fundamenta constitucionalmente esta figura (MARTÍN-RETORTILLO, POMED SÁNCHEZ y ARAGÓN REYES). En la posterior dicción del artículo 3.1 LBE, que intentó obviar el problema en vía legislativa –al hablar genéricamente de “disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto”–, la solución se alcanzó por vía interpretativa afirmando que, si bien la propia LBE lleva a cabo la atribución de potestad reglamentaria al Banco, su ejercicio se hace depender de lo que disponga con posterioridad el legislador al efecto (POMED SÁNCHEZ).

Con menor despliegue argumentativo, sin duda porque los problemas habían sido en parte resueltos con las explicaciones ofrecidas para el caso del Banco de España, se produjo el debate sobre el artículo 15-1º LMV.

En ciertos casos, se vino a constatar únicamente que la fórmula empleada por la ley exigía de esa doble autorización, lo que se estimaba prudente desde el punto de vista de la práctica: “la LMV, en su artículo 15, ha actuado con prudencia, quizá elogiable en el momento de inicio de una institución, y ha impedido que las Circulares –pues tal es aquí también el nombre– se enganchen directamente a Ley, exigiendo la interposición de un Real Decreto o una Orden Ministerial y además la habilitación expresa en las mismas”<sup>349</sup>.

Un punto de vista similar, aunque en una construcción más acabada, es el que ofrecía FUERTES LÓPEZ. Parte esta autora de la pregunta sobre el alcance de la habilitación legal contenida en la LMV con toda claridad: “En el artículo 15 de la LMV se configura su régimen [el del llamamiento necesario para reconocer facultades normativas a la Comisión], en el que destaca su dependencia del Gobierno y del Ministerio de Economía y Hacienda. ¿Significa esto que no es precisa una habilitación expresa para cada caso concreto y

---

<sup>349</sup> JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derecho público del Mercado de Valores*, cit., p. 104.

singular? A mi juicio, así es [citaba en contra, por nota al pie, la opinión de MARTÍN-RETORTILLO]. La habilitación específica del legislador sólo debe exigirse, por una parte, con relación al Gobierno para que el mismo entre a regular algunos aspectos no esenciales de las materias reservadas a la ley por la Constitución y, por otra parte, en relación a otros órganos, para excluir la remisión general al Gobierno como titular originario de la potestad normativa e investir al mismo de la fuerza de regular una materia concreta". Además, las múltiples remisiones a reglamentos que contiene la LMV justifican también, en opinión de esta autora, que sea el Gobierno, y no las Cortes Generales, el órgano encargado de especificar muchas de las opciones normativas del mercado de valores, "para no congelar aspectos notoriamente mudables ante las circunstancias económicas y dotar de mayor flexibilidad al sistema en su conjunto". "Así, concluye, este artículo 15 de la LMV parece querer salvaguardar de una vez, al describir esta facultad exorbitante de la Comisión, las futuras habilitaciones que del Gobierno o del Ministro se produzcan sin la intervención del legislador"<sup>350</sup>.

Por otra parte, sentada esta postura, FUERTES LÓPEZ añade algunas consideraciones sobre lo que llama "los sucesivos escalones de habilitaciones". Ante todo, señala que esta concepción es una consecuencia de la organización administrativa jerárquica propia de nuestro ordenamiento. Combate después los obstáculos que a ella podrían oponerse: 1º) la existencia de habilitaciones *per saltum*, esto es de la ley a la orden ministerial (p. ej. arts. 35 y 86 LMV) o del real decreto a la circular de la CNMV (p. ej. varios artículos del Real Decreto 1416/1991, de 27 de septiembre, sobre operaciones bursátiles especiales y transmisión extrabursátil de valores cotizados y cambios ponderados), puede producirse "en supuestos excepcionales y muy específicos, ante la singularidad de la materia a desarrollar"; 2º) el escalonamiento de autorizaciones normativas no frustra la voluntad del Gobierno de dominar esta materia, pues varios argumentos favorecen la necesidad del descenso al último escalón: la idea de la especialidad técnica; la existencia de la propia voluntad del legislador dirigida a ello y, en fin, la admisión por la jurisprudencia constitucional de remisiones en la potestad reglamentaria (STC 13/1988, de 14 de febrero); 3º) no se viola el principio de

---

<sup>350</sup> Cf. FUERTES LÓPEZ, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, cit., pp. 47-48.

irrenunciabilidad de la competencia del artículo 12 LRJAP, pues también la tiene atribuida la CNMV en esta materia; 4º) en fin, tampoco se vulnera el *delegatus delegari non potest* (artículo 12.5 LRJAP), pues no se trata de delegaciones en sentido técnico, sino de remisiones normativas a la Comisión: así lo prueba, contra lo que sucedería si se tratase de delegaciones normativas, que la circular no altera su rango normativo, sino que sigue subordinada jerárquicamente a los decretos del Gobierno y a las órdenes ministeriales.<sup>351</sup>

En fin, quizá lo más relevante de esta concepción, que despeja el camino a la potestad normativa de la CNMV, es la propia matización que la autora hace al final de su tesis –y también al hilo del segundo de los obstáculos antes mencionados–: que dicha potestad no es en modo alguno ilimitada, sino que las cascadas de remisiones sólo han de admitirse en “aquellos elementos y aspectos minuciosos ‘meramente operativos, de carácter secundario y no esencial a la materia’”<sup>352</sup>.

GARCÍA ÁLVAREZ se ha referido, recientemente, a este sistema como de “‘doble habilitación’ o ‘habilitación concurrente’ [pues] funciona, *de facto*, como una autorización del legislador al Gobierno para que, directamente o a través de uno de sus miembros, active la potestad reglamentaria del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Comisión Nacional de Energía en una materia concreta o, en otros términos, la norma legal permite que un reglamento, incluso ministerial, habilite a la entidad reguladora para el desarrollo reglamentario”<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> *Ibidem*, pp. 60-61.

<sup>352</sup> *Ibidem*, pp. 60 (donde pone como ejemplo de normas que resuelven de modo sustantivo las remisiones efectuadas en favor del Ministro, las circulares contables) y 62, con cita de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, p. 762. Añade FUERTES LÓPEZ que otra cosa –es decir, la remisión en blanco o en cuestiones esenciales a la CNMV– “sería torear la voluntad del legislador, mediante un cumplimiento de la delegación legislativa [*rectius*: remisión normativa, como la propia autora ha dicho antes] meramente formal, al trasladar, con sucesivas remisiones, a los órganos inferiores la decisión de llenar el contenido de las obligaciones, que debiera haber realizado el Gobierno”.

<sup>353</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *RAP* núm. 171 (septiembre-diciembre 2006), pp. 139-179; la cita en p. 165, invocando en ese sentido la opinión de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Sistema bancario y crediticio” en VVAA (dir. S. Martín-Retortillo Baquer), *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, t. II, p. 41-277; p. 122. Y citando en sentido contrario a los autores que a continuación se mencionan en el texto como defensores de otra postura.

Postura diferente a la de estos autores es la sostenida, en fin, por otra parte de la doctrina. Se hace hincapié, en una línea que podría denominarse formal, en que es la ley la que propiamente realiza la habilitación a la potestad normativa, mientras que la intervención del Gobierno o del Ministro meramente consiste en un condición de ejercicio de tal potestad.

Así lo concibe MALARET I GARCÍA, para quien la "principal característica" de la potestad normativa de la CNMV es "la exigencia de un doble filtro o determinación previa a su ejercicio. En primer lugar —explica—, se requiere la habilitación expresa del legislador. Esta operación tiene el significado mayor que a la misma se le puede dar: implica la atribución del poder y no la mera determinación del ámbito de ejercicio de una potestad previamente reconocida. Pero se requiere un segundo trámite en él: que se establezca de forma precisa el cuándo y el cómo pueden actuar las 'circulares'. La atribución genérica de potestad que efectúa la LMV requiere para su ejercicio la habilitación expresa del Gobierno o del Ministro concretando particularmente el ámbito de la misma. Esta segunda intervención opera en el plano de ejercicio de la potestad y no en el de la titularidad. La Ley ha atribuido la potestad, pero remite a una operación posterior la apertura de un determinado ámbito a esta potestad que tiene este campo en principio vetado. Este necesario escalonamiento de la habilitación responde a las exigencias que disciplinan la producción normativa"<sup>354</sup>.

También es de esta opinión MAGIDE HERRERO: la referencia que el artículo 15 de la LMV "hace a la necesidad de que los Reales Decretos o las Órdenes Ministeriales que la Comisión desarrolle la 'habiliten de modo expreso para ello', no debe confundir sobre la *fente de la potestad reglamentaria* que la Comisión ejerce, que es el artículo 15 LMV, y no los concretos reglamentos gubernativos o ministeriales que aquélla desarrolle. La utilización del término 'habilitación' resulta, a mi juicio, equívoca y equivocada, porque los reglamentos de la Administración gubernativa, al remitir su desarrollo a las Circulares,

---

<sup>354</sup> MALARET I GARCÍA, E., "La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Una aproximación a su configuración institucional", en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. II, 1994, pp. 1591-1630; la cita del texto en p. 1607.

se limitan a permitir que la Comisión actúe una potestad de la que el legislador ya le ha dotado”<sup>355</sup>.

Cita este autor, en apoyo de su tesis, la postura de MENÉNDEZ REXACH. Sostiene éste –ya se vio que desarrollaba el argumento en relación con la DA 8ª LDIEC– que “la constatación de que esas disposiciones [circulares] contienen una regulación idéntica o análoga a la que antes se establecía por el Gobierno o por el Ministerio de Economía y Hacienda permite afirmar que se trata de normas reglamentarias (por tanto, con eficacia *ad extra*) dictadas por un Organismo, que no forma parte del Gobierno, pero al que *la Ley* autoriza el ejercicio de esa potestad. Por tanto, no estamos en presencia de una delegación de dicha potestad por parte del Gobierno [prohibida ahora expresamente por el artículo 20.3.a) de la Ley del Gobierno], sino de *su atribución directa por Ley*, que, como ya hemos dicho, puede regular o modular el ejercicio de dicha potestad, atribuyéndola en determinados aspectos a órganos distintos del Gobierno”<sup>356</sup>.

C. También en el caso de esta Administración independiente, el Tribunal Constitucional sentó la legitimidad de esta forma de producción normativa.

Recurrido de inconstitucionalidad, entre otros, el artículo 15 de la LMV, la STC 133/1997, de 16 de julio, tuvo oportunidad de ratificar la jurisprudencia de la STC 135/1992, afirmando lo siguiente [FJ 7.b)]:

“El art. 15 atribuye a la Comisión Nacional una potestad reglamentaria, en virtud de la cual «podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos aprobados por el Gobierno o en las Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso

---

<sup>355</sup> MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, p. 430 (subrayado nuestro). Con la cursiva se quiere destacar que el problema que tratan de solventar ambas concepciones es a menudo diferente: para quienes defienden la postura de la remisión normativa por parte de las propias normas reglamentarias, no se trata de admitir la subdelegación –es claro–, sino de dar una explicación al fenómeno de la autorización o remisión de unas normas reglamentarias por otras anteriores; en cambio, en la concepción que hemos denominado formal, preocupa justamente la cuestión de la fuente de este poder reglamentario: es claramente la ley, que puede a su vez permitir, o incluso imponer, la intermediación de normas de rango reglamentario gubernativo o ministerial para el dictado de circulares.

<sup>356</sup> MENÉNDEZ REXACH, A., “La potestad reglamentaria”, en GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, *cit.*, p. 201 (subrayado nuestro).

para ello». El precepto únicamente ha sido impugnado por el Parlamento de Cataluña, para quien el art. 15 vulnera, de un lado, el art. 9.20 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, por cuanto es claro que atribuye a tal Comisión funciones ejecutivas, que corresponden exclusivamente a la Generalidad, ya que al Estado sólo puede corresponderle la determinación de las bases. De otro, el precepto impugnado vulnera, según el Parlamento Catalán, el art. 97 de la Constitución, de acuerdo con el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Consejo de Ministros cuando se trata de dictar reglamentos de ejecución, sin que quepa admitir la delegación del ejercicio de esta potestad, ni tan siquiera en un Ministro, que sólo puede dictar reglamentos de organización en materias propias de su Departamento.

Pues bien, por lo que respecta, en primer lugar, a la vulneración del art. 97 de la Constitución, hay que decir que la interpretación que del mismo hace el Parlamento de Cataluña está muy lejos de la que este Tribunal ha hecho de este precepto constitucional. En efecto, ya en nuestra STC 13/1988 dijimos que era rechazable el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que éste pueda a su vez conferirla válidamente a otros órganos diferentes, toda vez que la potestad reglamentaria del Gobierno, por ser originaria, no excluye la posibilidad de delegaciones singulares (fundamento jurídico 4.). Pero es más, como ha quedado dicho en nuestra STC 135/1992, «la desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el art. 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos, que lo componen, y a instituciones como el Banco de España, asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia (...), que ... tiene conferida explícitamente la potestad reglamentaria en el ámbito de su actuación» (fundamento jurídico 3.).

La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al caso que nos ocupa ha de llevarnos, sin necesidad de mayores argumentos, a la conclusión de que el art. 15 de la Ley impugnada es conforme al art. 97 de la Constitución, ya que la Comisión Nacional del Mercado de Valores es un ente de Derecho público a quien la Ley encomienda la supervisión e inspección de los mercados de valores, así como el asesoramiento al Gobierno, al Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, en las materias relacionadas con los mercados de valores. Nada hay que oponer, pues, desde la perspectiva del art. 97 de la Constitución al hecho de que el legislador estatal haya dotado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de una serie de potestades, incluida la reglamentaria, para que pueda cumplir adecuadamente sus funciones.

Tampoco puede compartirse la alegación del recurrente de que el art. 15 de la Ley supone una invasión en las competencias de la Generalidad de Cataluña (art. 9.20 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), por el hecho de reservar al Estado competencias ejecutivas (...) Cuando el legislador estatal dota de potestad reglamentaria a la citada Comisión, con los límites subjetivos y objetivos a los que se ha hecho referencia, no está ejerciendo, obvio es decirlo, una competencia ejecutiva, sino una función de ordenación del sector que tiene carácter básico, por la sencilla razón de que se trata de una decisión en virtud de la cual una Administración, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se convierte en productora de normas con el alcance y la eficacia que las normas tienen, esto es, con efectos de obligar a todos, en la materia a la que se refieren (...) Dictar este tipo de Circulares es una actividad normativa y, en consecuencia, ha de situarse en el plano de la ordenación general por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de las materias que les son propias y no en el de las competencias ejecutivas”.

## **II. Habilitación y aspectos sustantivos**

### **A. Normas habilitadoras y contenido**

En su trabajo sobre la CNMV publicado en 1992, FUERTES LÓPEZ hacía un resumen de las circulares publicadas por aquella hasta la fecha, “algo más de una veintena” y las clasificaba en función de los siguientes criterios<sup>357</sup>: las que derivaban directamente de la ley (en particular de los artículos 85 y 86 LMV; a su vez, estas últimas constituían el extenso grupo de las circulares en materia contable); las que tenían carácter organizativo (tanto por referirse al funcionamiento de los órganos de la entidad creados por la LMV, como en un sentido amplio de organización, vg. de codificación de ciertos valores negociables) y, en fin, las restantes, que podían agruparse según hiciesen referencia bien a determinadas entidades bursátiles (Instituciones de Inversión Colectiva [IIC], sociedades y agencias de valores, sociedades rectoras), bien de forma general a las personas que operan en el mundo bursátil o las operaciones que en éste se desarrollan. Tras esta enumeración ordenada, la autora concluía con el criterio verdaderamente significativo, esto es la división entre aquellas circulares dotadas de un valor predominantemente técnico o de mero complemento de detalle y las que revestían una importancia sustantiva mayor, entre las que

---

<sup>357</sup> Cf. FUERTES LÓPEZ, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores, cit.*, pp. 65 ss; de donde se toman las ideas, aun sin seguir el orden estricto de categorización que la autora proponía.



destacaba las circulares contables –y respecto de las cuales apuntaba el problema de su frecuente habilitación en blanco por la norma intermedia, es decir por la orden ministerial—. No obstante esta última apreciación, finalizaba señalando una cierta recuperación de la “densidad normativa” de las normas dictadas por el Gobierno en los últimos años, lo que merecía una valoración positiva.

La clasificación propuesta por FUERTES LÓPEZ sigue manteniendo gran parte de su valor. Puede aún hoy distinguirse, en efecto, entre las circulares contables (mejor que las derivadas directamente de la ley, pues este criterio es actualmente, como se verá, mucho más amplio: y no sólo de la LMV, sino de otras normas con rango de ley); las que hacen referencia a ciertos sujetos (con un gran peso numérico de las circulares destinadas a las IIC); un tercer bloque dedicado a ciertas materias –“bloques normativos” que finalizan con circulares de la CNMV— de especial trascendencia: así, la materia de recursos propios de las entidades de servicios de inversión, la de transparencia de los mercados de valores y la concreción de esta última que supone el llamado informe de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas; y, en fin, un último grupo que pudiera denominarse de materia bursátil en general.

En estas materias pueden repartirse las más de setenta circulares aprobadas por la CNMV entre 1993 y 2011. Un número que mantiene prácticamente la frecuencia de aprobación de circulares existente desde la creación de la entidad (no llega a cuatro por promedio anual), si se exceptúan los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la LMV y el año 2008, en el que las apremiantes circunstancias de la crisis financiera llevaron a multiplicar la regulación de urgencia sobre ciertos aspectos. En todo caso –y es lo que se intentará destacar en el apretado resumen que sigue–, la perspectiva que interesa es la siguiente: de dónde toman su origen las circulares dictadas por la CNMV (cuál es su concreta norma de habilitación) y cuál es el producto resultante de tal autorización normativa<sup>358</sup>.

### *1. La cuestión de las circulares contables*

---

<sup>358</sup> En principio, no se recogen en el análisis que sigue las circulares ya derogadas ni las simplemente modificativas de otras anteriores. Se hará una excepción con ciertas circulares que, aun derogadas, se dictaron en su momento en virtud de criterios interesantes para el objeto de este estudio.

§ Pueden inscribirse en este grupo las siguientes, aun cuando algunas de ellas se dirijan exclusivamente a ciertos tipos de entidades (Instituciones de Inversión Colectiva [IIC], Entidades de Capital Riesgo [ECR], etc.):

- La Circular 1/1993, de 3 de marzo, sobre normas contables de consolidación aplicables a los grupos y subgrupos de sociedades y agencias de valores. Explicaba en su preámbulo que la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras dio nueva redacción al artículo 86 LMV y éste, a su vez, exigió el desarrollo de una normativa contable apropiada para la consolidación de cuentas de las mencionadas entidades. Su apartado 3 habilitaba al Ministro de Economía y Hacienda y, con su autorización, a la CNMV para desarrollar tales criterios contables. A tal autorización procedió el artículo 18 de la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 29 de diciembre de 1992, sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de las sociedades y agencias de valores y sus grupos.

Pues bien, al amparo de esta autorización se dicta la Circular 1/1992. Que sin embargo *no desarrolla* propiamente la citada orden ministerial, sino que *"adapta a este sector las normas de consolidación exigidas por el Real Decreto 1815/1991, desarrollando las normas contables específicas aplicables e incorporando los modelos de estados financieros y cuentas anuales a que deben ajustarse los grupos y subgrupos consolidables de Sociedades y Agencias de Valores"*.

- La Circular 4/1993, de 29 de diciembre, por la que se modifica parcialmente la Circular 7/1990, de 27 de diciembre, sobre normas contables y estados financieros reservados de Instituciones de Inversión Colectiva, y la Circular 1/1991, de 23 de enero, sobre el contenido de los informes trimestrales de las Instituciones de Inversión Colectiva a sus socios y partícipes.

Citaba su parte expositiva las normas autorizantes de las circulares que se modificaban: el Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre y la Orden de 20 de diciembre de 1990.

- La Circular 1/1995, de 14 de junio, sobre normas contables y obligaciones adicionales de registro y de información de quebrantos de negociación de determinadas agencias de valores.

Se han de destacar las normas que el preámbulo de esta circular califica de habilitaciones, así como el resultado normativo que de ellas deriva. En el primer sentido, explica: "El Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, *prevé la posibilidad de establecer normas de obligado cumplimiento y prohibiciones expresas o limitaciones* en cuanto a las posiciones de riesgo en que puedan incurrir las sociedades y agencias de valores, con objeto de homogeneizar el tratamiento de los diferentes riesgos a que se ven sometidas. Asimismo la Orden de 29 de diciembre de 1992 que lo desarrolla, *fija ciertas limitaciones* a las posiciones de las sociedades y agencias de valores en determinadas rúbricas del activo y *habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para dictar las disposiciones necesarias para su posterior desarrollo*. Adicionalmente, la Orden de 26 de julio de 1989 *habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para establecer y modificar los registros* que deben llevar y *las normas contables* y modelos a que se deben ajustar los estados financieros así como los referidos al cumplimiento de los coeficientes que se establezcan de las sociedades y agencias de valores".

A consecuencia de todo ello, "haciendo uso de tales habilitaciones, en la presente Circular *se establecen* requisitos de control interno, contabilización y *obligaciones adicionales de información* de los quebrantos de negociación en que pueden incurrir determinadas agencias de valores en el desarrollo de actividades de mediación y búsqueda directa de contrapartidas entre intermediarios financieros, en mercados de dinero, divisas, instrumentos de renta fija, pública o privada, y productos derivados de éstos, así como de transparencia en la resolución de los mismos. Estas medidas responden a la necesidad de establecer controles adicionales a este tipo de actividad que, por su propia naturaleza y el carácter profesional de sus agentes, incorpora riesgos de naturaleza muy específica".

- La Circular 5/2000, de 19 de septiembre, sobre normas contables y modelos de estados financieros reservados y públicos de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras.

Derivaba en este caso la autorización de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, cuya disposición final segunda habilitaba al Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, a la CNMV para el establecimiento, en relación con las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, de las normas contables y modelos a los que deberán ajustar sus cuentas anuales, así como los referidos al cumplimiento de los coeficientes que se establezcan. La autorización por Orden se contuvo en la de 17 de junio de 1999, por la que se desarrolla parcialmente la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, habilitando a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para dictar disposiciones en materia de procedimiento de autorización de nuevas entidades, normas contables y obligaciones de información de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras.

Esta circular ha sido derogada después por la 11/2008, de 30 de diciembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las entidades de capital-riesgo. En este caso la autorización se contiene ya en la disposición final sexta de la Ley 25/2005, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y sus Sociedades Gestoras. El preámbulo de la circular *cita también los artículos 26 y 42 de dicha ley a ciertos efectos*, no todos ellos puramente habilitantes: “el artículo 26 de la misma Ley recoge por su parte las obligaciones de información, de auditoría y contables de las entidades de capital-riesgo, y el 42 especifica los requisitos que han de cumplir las Sociedades Gestoras de Capital Riesgo (así como las de IIC que gestionen fondos de capital riesgo o activos de sociedades de capital riesgo) facultándose en particular al Ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, a la CNMV, para establecer la forma, periodicidad y contenido de las informaciones que deban remitir a la CNMV”. La *norma intermedia de habilitación* continúa siendo “la Orden Ministerial de 17 de junio de 1999, que desarrolla la ya derogada Ley 1/1999 de Capital Riesgo”, según dice la parte expositiva.

- La Circular 2/2008, de 26 de marzo, por la que se modifica parcialmente la Circular 4/1994, de 14 de diciembre, sobre normas contables, obligaciones de información, determinación del valor liquidativo y coeficientes de inversión y operativos y actuaciones en

las tasaciones de inmuebles de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria.

- La Circular 9/2008, de 10 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, estados de información reservada y pública y cuentas anuales de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, con la exclusión del Banco de España, de las entidades rectoras de los sistemas multilaterales de negociación, de la Sociedad de Sistemas, de las entidades de contrapartida central, de la Sociedad de Bolsas, de las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de organismos rectores de mercados secundarios oficiales y de sistemas multilaterales de negociación, y de otros sistemas de compensación y liquidación de los mercados que se creen al amparo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores.

- De mayor trascendencia, para los efectos de este trabajo, son por último las circulares contables que pretenden *adaptar* el régimen de ciertas entidades financieras que operan en el ámbito bursátil a las normas del nuevo Plan General de Contabilidad.

- Tal es el caso, en primer lugar, de la Circular 3/2008, de 11 de septiembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las instituciones de inversión colectiva. Señala como normas autorizantes las tres siguientes: de un lado, el artículo 20 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva; de otro, el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la citada Ley (artículos 31 y 57.3, este último en un concreto extremo del valor de tasación); en fin, la Orden EHA/35/2008, de 14 de enero, por la que se desarrollan las normas relativas a la contabilidad de las instituciones de inversión colectiva, la determinación del patrimonio, el cómputo de los coeficientes de diversificación del riesgo y determinados aspectos de las instituciones de inversión colectiva cuya política de inversión consiste en reproducir, replicar o tomar como referencia un índice bursátil o de renta fija, y por la que se habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para su desarrollo (el artículo 2 de esta Orden se refiere a las "normas específicas sobre contabilidad").

Por lo demás, el objeto de la circular es, de forma amplia, "modificar el régimen contable de las instituciones de inversión

colectiva, tanto financieras como inmobiliarias, para adaptarlo al nuevo marco contable establecido en el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre”.

- En segundo lugar, la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo. Deroga las anteriores Circulares 5/1990, de 28 de noviembre, sobre normas contables, modelos reservados y públicos de los estados financieros, y cuentas anuales de carácter público de las sociedades y agencias de valores (modificada a su vez por la Circular 2/2004, de 31 de marzo).

Esta extensa circular (consta de 62 normas, según la denominación que emplea la CNMV en sus textos normativos) tiene por objeto “modificar el régimen contable de las empresas de servicios de inversión, de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo, en adelante, ESI, SGIIC y SGEGR, para adaptarlo al nuevo marco contable establecido en el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre”.

La justificación de la aprobación de la circular –pues no puede hablarse en rigor de autorización normativa- se expresa en estos términos: “El eje básico sobre el que ha basculado el proceso de adaptación se ha fundamentado en la *consideración prioritaria de la especificidad de las ESI, SGIIC y SGEGR frente a otro tipo de entidades, financieras o no*. La existencia de reglas contables especiales inherentes al sector financiero es *reconocida* en la introducción del nuevo Plan General de Contabilidad, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV), en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva y en la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, de Sociedades Gestoras de Entidades de Capital Riesgo, *las cuales recogen habilitaciones que permiten la aprobación de normas específicas de contabilidad de las ESI, SGIIC y SGEGR que sean desarrollo de las normas contables generales*”.

Se mencionan además por el preámbulo otras dos notas que merecen ponerse de relieve. De un lado, “en determinados aspectos se ha acudido a las Normas Internacionales de Contabilidad y

fundamentalmente a la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, para tratar ciertas cuestiones específicas, como en lo relativo al reconocimiento y valoración de los instrumentos financieros” De otro, “para aquellas cuestiones que no estén reguladas, o que se regulen en determinados aspectos específicos, por esta Circular, se aplicará la normativa española vigente, y en particular el Plan General de Contabilidad y la Circular 4/2004 de 22 de diciembre, del Banco de España sobre Normas de información financiera pública y reservada”. Cuestiones todas ellas sobre las que luego se volverá con detalle.

- Finalmente, la Circular 2/2009, de 25 de marzo, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Titulización (modificada después por la Circular 4/2010, de 14 de octubre). Del mayor interés es lo que señala su parte expositiva en lo tocante a la habilitación:

En primer lugar, “la disposición final única del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las sociedades gestoras de Fondos de Titulización, establece que, el Ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán dictar reglas específicas relativas a la contabilidad, formato y contenido de las cuentas anuales e informes de gestión de los Fondos”. De otro lado, se citan las reglas contenidas en la llamada Directiva de Transparencia: Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado.

Pues bien, “salvando las especificidades propias de las estructuras de titulización, *ampliar el régimen de transparencia a este tipo de instituciones es coherente con lo que el mercado y el legislador español persiguen desde tiempo atrás*. La habilitación a la que se refiere la Disposición final única del Real Decreto 926/1998 no prescribe de forma taxativa que las reglas contables específicas, formato y contenido de las cuentas anuales e informes de gestión de los Fondos se adapten a ningún marco contable, en particular al Plan General de Contabilidad. No obstante lo anterior, y a pesar de las

particulares características legales y operativas de los Fondos, considerando el carácter expansivo del derecho mercantil, *la adaptación normativa en materia contable se basa en el Código de Comercio y respeta los principios establecidos en el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre*".

§ En resumen, en esta materia se producen autorizaciones normativas conforme a las que se desarrolla una normativa precedente: Circular 4/1993; 1/1995, si bien con la peculiaridad de que se trata de establecer obligaciones adicionales de información sobre las legalmente previstas con carácter general; y Circular 2/2008, entre otras.

Con más frecuencia, sin embargo, las circulares aprobadas lo son a los efectos de *adaptar* la regulación de una determinada materia al marco legal y reglamentario existente. Es el caso de la Circular 1/1993, que adaptó a las exigencias de las sociedades y agencias de valores las normas de consolidación previstas por el Real Decreto 1815/1991. Y, de manera destacada, es lo que sucede con las circulares de ajuste a las nuevas reglas derivadas del Plan general de Contabilidad: Circular 3/2008, sobre normas contables de las IIC; Circular 7/2008, relativa a estas normas de las empresas de servicios de inversión y sociedades gestoras de IIC y ECR; y Circular 2/2009, sobre contabilidad de los Fondos de Titulización.

En fin, no faltan casos, como los de las reglas contables de las ECR, en los que se dictó una circular originaria al amparo de la ley y de la orden ministerial que aquélla habilitaba; y, con posterioridad, se ha aprobado otra Circular (la hoy vigente 11/2008), que encuentra su apoyo normativo en una nueva Ley (25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras) pero también todavía en la orden ministerial que se dictó al amparo de la ley ya derogada (Orden de 17 de junio de 1999).

## *2. Normas específicas de ciertas entidades*

§ Un gran número de circulares se dedican, como se dijo, a establecer una completa regulación sobre las instituciones de inversión colectiva:

- Circular 2/1993, de 3 de marzo, sobre información de las instituciones de inversión colectiva extranjeras que hayan registrado



en la Comisión Nacional del Mercado De Valores el folleto de oferta de sus participaciones o acciones.

- La antes citada Circular 4/1993, en materia de contabilidad.

- Circular 1/1994, de 16 de marzo, sobre la actualización de los folletos de las instituciones de inversión colectiva.

- Circular 4/1994, de 14 de diciembre, sobre normas contables, obligaciones de información, determinación del valor liquidativo y coeficientes de inversión y operativos y actuaciones en las tasaciones de inmuebles de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria. Destaca el preámbulo de esta norma este rasgo de la regulación: "El correcto funcionamiento de las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliarias hace conveniente el desarrollo de determinadas normas de carácter eminentemente técnico que recojan las peculiaridades de su funcionamiento desde diversas perspectivas. En este sentido, la presente Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores viene a *completar el marco regulador establecido para estas entidades*". Después se precisan las autorizaciones normativas, de carácter más bien genérico: artículo 10.3 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 24 de septiembre de 1993, sobre Fondos y Sociedades de Inversión Inmobiliaria (y "diversos artículos de dicha Orden") y Norma 2ª.2.e) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 de noviembre de 1994, sobre normas de valoración de bienes inmuebles para determinadas entidades financieras.

El artículo 13 de esta circular fue después modificado por la Circular 5/1997, de 26 de noviembre.

- Circular 3/1997, de 29 de julio, sobre obligaciones de información a socios y partícipes de instituciones de inversión colectiva de carácter financiero y determinados desarrollos de la orden de 10 de junio de 1997 sobre operaciones de estas instituciones en instrumentos derivados.

- Circular 4/1997, de 26 de noviembre, sobre criterios de valoración y condiciones de inversión de las instituciones de inversión colectiva en valores no cotizados.

- Circular 2/1998, de 27 de julio, sobre requerimientos de información estadística a las instituciones de inversión colectiva de la

Unión Monetaria Europea (después modificada por la Circular 1/2002, de 16 de septiembre).

- Circular 3/1998, de 22 de septiembre, sobre operaciones en instrumentos derivados de las Instituciones de Inversión Colectiva.

- Circular 3/2003, de 29 de diciembre, sobre información de las Instituciones de Inversión Colectiva extranjeras inscritas en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

- Circular 1/2006, de 3 de mayo, sobre Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión Libre. Llama la atención en esta norma la mención exclusiva a las normas habilitantes de rango reglamentario: artículos 43 y 44 del Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, y se adapta el régimen tributario de las instituciones de inversión colectiva; y, de otra parte, la Orden Ministerial EHA/1199/2006, de 25 de abril.

- Circular 2/2006, de 27 de junio, sobre información de las instituciones de inversión colectiva extranjeras inscritas en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

- Circular 3/2006, de 26 de octubre, sobre folletos explicativos de las Instituciones de Inversión Colectiva.

- Circular 1/2007, de 11 de julio, sobre requerimientos de información estadística a las Instituciones de Inversión Colectiva de la Unión Europea, que modifica parcialmente la Circular 2/1998, de 27 de julio, sobre requerimientos de información estadística a las Instituciones de Inversión Colectiva de la Unión Monetaria Europea.

- Circular 5/2007, de 27 de diciembre, sobre hechos relevantes de las Instituciones de Inversión Colectiva. Son significativos diversos párrafos de su parte expositiva sobre el criterio que se emplea en esta circular en punto a la habilitación normativa y desarrollo de la materia:

*"La Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante Ley de IIC), en su artículo 19, relativo a los hechos relevantes de las Instituciones de Inversión Colectiva, se remite a un posterior desarrollo reglamentario.*

*El Reglamento* de la Ley de IIC, aprobado por Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, habilita en el artículo 28 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para determinar la forma, el contenido y los plazos de comunicación de los hechos relevantes. Asimismo, el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento faculta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para exigir a las IIC extranjeras comercializadas en España cualquier información que sea necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones de supervisión.

La presente Circular persigue un triple objetivo: *recopilar los supuestos de hechos relevantes para las IIC que aparecen dispersos en la normativa, entre otros, en los artículos 24.2 y 26.4 de la Ley de IIC, artículo 14.2 del Reglamento y artículo 2.4 de la Orden Ministerial de 6 de julio de 1993, agilizar su difusión y aclarar las obligaciones que a este respecto deben cumplir las IIC extranjeras*”.

- Circular 2/2008, a la que antes se aludió en materia contable.

- Circular 4/2008, de 11 de septiembre, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de instituciones de inversión colectiva y del estado de posición.

- Circular 5/2008, de 5 de noviembre, sobre requerimientos de información estadística sobre activos y pasivos de las instituciones de inversión colectiva de la Unión Europea.

- Circular 6/2008, de 26 de noviembre, sobre la determinación del valor liquidativo y aspectos operativos de las instituciones de inversión colectiva.

- Circular 1/2009, de 4 de febrero, sobre las categorías de instituciones de inversión colectiva en función de su vocación inversora.

- Circular 3/2009, de 25 de marzo, sobre el contenido del informe semestral de cumplimiento de la función de vigilancia y supervisión de los depositarios de instituciones de inversión colectiva.

- Circular 6/2009, de 9 de diciembre (modificada por la 6/2010, de 21 de diciembre), sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión.

- Finalmente, la Circular 3/2010, de 14 de octubre, sobre procedimientos administrativos de autorización de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, de autorización de las

modificaciones de sus reglamentos y estatutos y de comunicación de los cambios de consejeros y directivos.

§ Se han aprobado, de otra parte, normas relativas a otras entidades, sin contar con las ya mencionadas al tratar sobre las normas relativas a su contabilidad:

- Circular 2/1994, de 16 de marzo, por la que se aprueba el modelo de folleto informativo para la constitución de los fondos de titulización hipotecaria.

- Circular 3/1994, de 8 de junio, por la que se modifican los modelos de información pública periódica de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en bolsas de valores (objeto de modificación, a su vez, por la Circular 2/2002, de 27 de noviembre).

- Circular 5/1998, de 4 de noviembre, sobre representantes de Sociedades y Agencias de Valores y Sociedades Gestoras de Carteras.

- Circular 10/2008, de 30 de diciembre, sobre Empresas de Asesoramiento Financiero. Tras citar, por una parte, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la LMV para transponer a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros; y, por otra, los preceptos en que se contiene formalmente la autorización para dictar la circular (artículos 21 y 23 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión); se dice en el preámbulo que "se ha aprovechado asimismo la Circular para, en aras de una mayor claridad, sistematizar la normativa sobre la materia repartida entre la LMV y el Real Decreto 217/2008".

- Por último, la Circular 12/2008, de 30 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables. Que forma parte, en realidad, de uno de los grandes bloques materiales en los que se desenvuelve la regulación de la CNMV (recursos propios de las empresas de servicios de inversión), como se analiza en el siguiente apartado.

§ Como resumen de las normas sobre entidades bursátiles, cabe constatar que la autorización sigue produciéndose aquí de forma genérica. Son frecuentes las circulares que tienen una función

*recopiladora* de normas anteriores, incluso de rango legal (Circular 5/2007, sobre hechos relevantes de las Instituciones de Inversión Colectiva) o *sistematizadora* de reglas precedentes (Circular 10/2008, sobre Empresas de Asesoramiento Financiero).

### 3. *Algunas materias de singular importancia*

#### a) Recursos propios

En esta materia, cabe hacer –como antes se adelantó– un análisis más detenido de la cadena de habilitaciones normativas que se produce en toda regulación de la CNMV. Las normas sobre solvencia de las hoy denominadas empresas de servicios de inversión constituyen un buen ejemplo, en efecto, de cómo la producción normativa se lleva a cabo de forma reticular, con múltiples remisiones y conexiones entre normas de distinto rango y aun de diversos ordenamientos (cuando concurren las reglas del Derecho comunitario o internacional, que después se estudiarán por extenso). Se citan, además, con cierto pormenor los dictámenes del Consejo de Estado que fueron emitidos sobre algunas de las normas reglamentarias, cuando se entendió que eran éstas reglamentos ejecutivos de las leyes.

Como es sabido, el marco legal de esta materia partió, en primer lugar, de la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras (que dio nueva redacción, entre otros, al artículo 73 LMV, entonces referente al volumen de recursos propios de las sociedades y agencias de valores y grupos consolidables de aquéllas). Actualmente, el grueso de la regulación en el plano legislativo se contiene en el artículo 70 de la LMV (objeto de múltiples modificaciones, de las que cabe destacar las operadas por leyes 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sector financiero y la nueva redacción en su integridad por Ley 47/2007, de 19 de diciembre).

Este complejo marco legal ha sido desarrollado por un no menos intrincado panorama reglamentario.

- Con rango de **real decreto**, el desarrollo de la mencionada Ley 13/1992 se llevó a cabo, en primer lugar, a través del Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, de acuerdo a lo establecido en la disposición final segunda, apartado 1, de la ley; habilitación de la que el Consejo de Estado estimó que se había hecho un correcto

uso “dada la amplitud no usual que ésta reviste, la singularidad de la materia y el estado de la misma en el Derecho Comunitario, por lo que -con la excepción que a seguido se dirá- no pone ningún reparo de legalidad en este punto” (dictamen 1.302/1992, de 29 de octubre; la excepción se refería a la habilitación a la Dirección General de Seguros, materia que se remite al siguiente capítulo de este estudio).

Este reglamento fue, a su vez, modificado por los reales decretos 538/1994, de 25 de marzo (en materia de financiaciones subordinadas como fondos propios complementarios: se estimó que existía habilitación suficiente ex artículo 7.2 y disposición final segunda de la ley, por el DCE 85/1994, de 3 de marzo); 2024/1995, de 22 de diciembre (sin cuestionar la habilitación, el DCE 2.314/1995, de 8 de noviembre, sugirió la integración en el texto del Real Decreto 1343/1992 del desarrollo del Capítulo V de la Ley, relativo a las reglas especiales de vigilancia aplicables a los grupos mixtos no consolidables de entidades financieras); 1572/1996, de 28 de junio [que modificó la letra a) del artículo 26 del Real Decreto 1343/1992 sin merecer observación por el DCE 1.300/1996, de 30 de mayo]; 1419/2001, de 17 de diciembre [en el DCE 2.111/2001, de 13 de septiembre, se señalaron ya las habilitaciones específicas contenidas en los artículos 6 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y 70.1.d) LMV] y 1332/2005, de 11 de noviembre (que constituía en rigor un desarrollo de la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros, y por el que se modificaron ciertos preceptos del Real Decreto 1343/1992).

Una nueva y completa regulación sobre la materia, en desarrollo del artículo 70 LMV según su vigente redacción, es en fin la contenida en el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, sobre recursos propios de las entidades financieras (el DCE 25/2008, de 7 de febrero, se hizo eco de la autorización normativa prevista en la disposición final quinta de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y no cuestionó sino la extensa habilitación conferida a la CNMV –y al Banco de España- en esta materia).

- Por lo que se refiere al desarrollo por **orden ministerial** de la Ley 13/1992, es de notar que la primera norma de este rango que vino a ejecutar lo previsto en la ley, la Orden del Ministro de

Economía y Hacienda de 29 de diciembre de 1992, sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de las sociedades y agencias de valores y sus grupos, se dictó sin previo dictamen del Consejo de Estado, aun cuando el primer párrafo de su preámbulo hacía constar de forma expresa que “la presente Orden, haciendo uso de las facultades otorgadas por el Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades financieras, *desarrolla las reglas en materia de recursos propios exigibles a las Sociedades y Agencias de Valores y a sus grupos consolidables*” (debiéndose entender por tales tanto las comprendidas en la ley como en el reglamento).

Más llamativo aún –y reforzador del carácter preceptivo del informe del alto órgano consultivo para el dictado de esta orden– resultó que alguna de las sucesivas modificaciones de ella requiriesen dicho dictamen para su aprobación. Tal fue el caso de la Orden de 23 de julio de 1996, que modificó la de 29 de diciembre de 1992 en materia de ponderación de los elementos de riesgo (en este supuesto, se exigió el DCE 1.389/1996, de 30 de mayo, sin duda por culminar esta norma el proceso de transposición al ordenamiento interno de la Directiva 95/15/CE de la Comisión, de 31 de mayo de 1995, que resultaba aplicable a las sociedades y agencias de valores en lo relativo a la ponderación de los activos que constituyesen créditos con garantía explícita de las Comunidades Europeas). E igualmente de la Orden de 13 de abril de 2000 (aprobada previo DCE 621/2000, de 2 de marzo, por tratarse también en parte de la transposición de Derecho comunitario; concretamente, de la Directiva 98/32/CE, que modificó la 89/647/CEE para permitir a los supervisores dar la ponderación del 50 por 100 a valores respaldados por hipotecas sobre inmuebles).

- Por último, en el escalón inferior de la cadena normativa se encuentran las **circulares de la CNMV**. La originaria en esta materia fue la número 6/1992, de 30 de diciembre, sobre exigencias de recursos propios de sociedades y agencias de valores y sus grupos consolidables (sobre la que no recayó dictamen del Consejo de Estado). Sí se requirió informe del alto órgano consultivo para su modificación por circular 2/1997, de 12 de febrero, sobre exigencias de recursos propios de sociedades y agencias de valores y sus grupos consolidables en relación con el riesgo de contraparte de los

instrumentos derivados sobre tipos de interés y tipos de cambio. El dictamen del Consejo de Estado emitido sobre el particular (nº 3.594/1996, de 26 de diciembre), en punto a la preceptividad de la consulta, señaló las exigencias legales contenidas en la disposición adicional primera de la Ley 8/1992, de 19 de mayo –por lo que se refería a la transposición del Derecho comunitario– y en el artículo 22.3 de su propia Ley Orgánica –esto es, el tratarse la norma consultada de un “reglamento o disposición de carácter general que se dicta en ejecución de la ley”–, aunque sin hacer en este último punto mayores precisiones.

Finalmente, en desarrollo de la nueva regulación contenida en el Real Decreto 216/2008, se aprobó la Circular 12/2008, de 30 de diciembre (modificada recientemente por la Circular 1/2011, de 21 de enero), sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables, remitidas en su integridad a dictamen del Consejo de Estado (números 1.779/2008, de 20 de noviembre y 2.639/2010, de 21 de diciembre). Tampoco cuestionaron éstos su emisión ex artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, si bien del último cabe destacar lo que se señaló respecto de la transposición de la Directiva 2009/111/CE:

Ésta “requiere para su incorporación a la Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) una previa trasposición a través de una norma de rango superior. No obstante, considerando el plazo de trasposición previsto para las Directivas mencionadas en el párrafo anterior, 31 de octubre de 2010, y su plazo de entrada en vigor, 31 de diciembre de este mismo año [se refiere a 2010], debe modificarse la Circular 12/2008, de 30 de diciembre, de la CNMV, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables, para dar cumplimiento a las obligaciones de trasposición contenidas en las dos Directivas mencionadas y con independencia de los cambios necesarios que sea preciso realizar en el futuro”.

Esta singular técnica de “anticipación normativa” fue objeto de análisis al tratar *supra* de la Circular paralela del Banco de España [cf. Capítulo IV, apartado IV.3.c)], y sobre su aplicación al caso de la CNMV dijo simplemente el citado dictamen 2.639/2010 lo siguiente: “Encuentra su marco de referencia, pues, en la actualización de la normativa sobre solvencia, inserta en un proceso de cambio tanto en el plano internacional (trabajos del G-20 y Acuerdo de Basilea III) como en el europeo (fundamentalmente, además de las mencionadas, Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados



elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis; y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la supervisión macroprudencial comunitaria del sistema financiero y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico [Propuesta de la Comisión de 23 de septiembre de 2009, COM (2009) 499 final]).

En el nivel prelegislativo, el primer paso para comenzar la transposición de la Directiva 2009/111/CE se ha dado con el anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas (que fue dictaminado por este Consejo de Estado en Pleno: dictamen 1.819/2010, de 29 de octubre).

Allí se recordó ya la conveniencia de "proceder a una redacción coordinada y simultánea de los anteproyectos de ley y de las normas reglamentarias que los vayan a desarrollar", así como de "encomendar simultáneamente la preparación del anteproyecto de ley y los primeros borradores de la norma reglamentaria para que, iniciada la tramitación parlamentaria del primero, se pueda avanzar *pari passu* la concreción progresiva del texto reglamentario" (entre otros, dictámenes 1.786/2000, de 25 de mayo y 1.344/2001, de 19 de julio), lo que en parte se viene a cumplimentar mediante el proyecto de Circular ahora sometido a consulta".

#### b) Transparencia

- Cabe destacar, en primer término, la Circular 3/99, de 22 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones en los Mercados Oficiales de Valores. La norma es un ejemplo de regulación que *prescinde*, bien que de forma en principio transitoria, *de la habilitación reglamentaria específica* que estaba prevista para ella. Se aducen para ello razones de urgencia en el cumplimiento de previsiones comunitarias. Aduce en este sentido su parte expositiva:

"El artículo 43 de la Ley del Mercado de Valores señala textualmente que «a fin de procurar la transparencia del mercado, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España o los organismos rectores de los mercados determinarán, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan, la información de carácter público que será obligatoria difundir de las operaciones de mercado».

*En tanto se acomete el desarrollo reglamentario del artículo 43, resulta imprescindible determinar la información mínima que*

necesariamente ha de publicarse sobre las operaciones efectuadas en los Mercados Oficiales de Valores y *garantizar de esta manera el cumplimiento de los requisitos mínimos que a este respecto se establecen* para los denominados mercados regulados (Mercados Secundarios Oficiales, según terminología española) *en la Directiva 93/22/CEE, de 10 de mayo, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables*".

- En segundo lugar, ha de mencionarse la Circular 1/2008, de 30 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados relativa a los informes financieros semestrales, las declaraciones de gestión intermedias y, en su caso, los informes financieros trimestrales.

La cadena normativa comienza, en este caso, en el Derecho comunitario, con la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información de los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (Directiva de transparencia); de otro lado, la Directiva 2007/14/CE, de la Comisión estableció diversas disposiciones de aplicación de aquélla. Se incorporó a nuestro ordenamiento interno, en sus aspectos más generales, por la Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores. A su vez, esta ley fue desarrollada por Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, sobre información regulada, que habilitó a la CNMV para la concreción de los aspectos objeto de esta circular.

- También en esta materia cabe reseñar la relevancia de las habilitaciones efectuadas a la CNMV en cuanto a la disciplina específica del abuso de mercado.

Una vez más toma su origen la regulación del Derecho europeo. La directiva cabeza es, en esta ocasión, la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación de mercado (abuso de mercado); desarrollada a su vez por otras varias, entre las que puede destacarse la 2003/124/CE de la Comisión, de 22

de diciembre de 2003, sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación de mercado.

Respecto de la incorporación al ordenamiento interno, en el plano de las normas con rango de ley, son de destacar los artículos 81 a 83 quater de la Ley del Mercado de Valores, que, en su redacción por Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, procedieron ya a recoger los aspectos de Derecho comunitario contenidos en el proyecto de Directiva 2003/6/CE. Y, en el nivel reglamentario, resulta esencial en esta materia el Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, que desarrolla la Ley del Mercado de Valores en materia de abuso de mercado (el DCE nº 1.492/2005, de 20 de octubre, constató la habilitación en esta materia). Finalmente, se ha aprobado la Orden EHA/1421/2009, de 1 de junio, por la que se desarrolla el artículo 82 de la LMV, en materia de información relevante. En este caso, fue requerido dictamen del Consejo de Estado (nº 468/2009, de 7 de mayo) porque el artículo 82.5 LMV contiene una habilitación *per saltum* para la aprobación de la orden ministerial, la cual habilita, a su vez, a la CNMV para la concreción de una serie de extremos. Luego se volverá sobre lo dicho en este informe del alto órgano consultivo.

- Por último, en esta materia cabe reseñar las circulares más recientes 4/2009, de 4 de noviembre, sobre comunicación de información relevante; 1/2010, de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión y 5/2010, de 18 de noviembre, sobre información que debe remitir el adquiriente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 69.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el artículo 45.3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, para la evaluación cautelar de las adquisiciones de participaciones significativas y de los incrementos de participaciones en empresas de servicios de inversión y en sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva.

#### c) Gobierno corporativo

Tres son las circulares dictadas en la materia, dos de ellas correspondientes al informe de gobierno corporativo que se impone a las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores; y otra relativa a la exigencia de este informe para las Cajas

de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en Mercados Oficiales de Valores.

- En cuanto a las primeras, se aprobó en primer término la Circular 1/2004, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas.

La explicación del preámbulo parte del marco legislativo diseñado por la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modificó la LMV y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, "con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas". La citada ley "introdujo importantes medidas de fomento de la transparencia de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales, entre las que destacan el informe anual de gobierno corporativo y la obligación de que las sociedades anónimas cotizadas cuenten con una página web para atender el ejercicio del derecho de información de los accionistas". "En desarrollo de la Ley 26/2003 –añade—, se ha dictado la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades".

En relación con ambas materias (informe de buen gobierno y publicidad en la página web) se atribuyeron por dicha orden a la CNMV diversas habilitaciones. "Respecto del informe anual de gobierno corporativo se facultó a este Organismo para detallar con arreglo a lo expresado en la Orden 'el contenido y estructura del informe anual de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, a cuyo efecto podrá establecer un modelo o impreso con arreglo al cual las sociedades anónimas cotizadas deberán hacer público el informe de gobierno corporativo de acuerdo con lo dispuesto en la presente Orden'".

El dictamen del Consejo de Estado emitido sobre el proyecto de la que sería Orden ECO/3722/2003 (nº 3.737/2003, de 22 de diciembre) observó ciertos extremos sobre la autorización normativa, como luego se verá con detenimiento.

Y, por lo que hace al contenido de la página *web* de la que han de disponer las sociedades anónimas cotizadas se habilitó a la CNMV para "determinar las especificaciones técnicas y jurídicas, y la información que las sociedades anónimas cotizadas han de incluir en la página *web*, con arreglo a lo establecido en el presente apartado cuarto de esta Orden". La cuestión relativa a la difusión de información relevante por parte de los emisores de valores –que tiene un entronque normativo distinto, la autorización prevista en el artículo 82.5 LMV en relación con las exigencias de transparencia antes mencionadas— se trató en el artículo tercero de la citada orden.

De otro lado, son de tener en cuenta las prescripciones contenidas en la Circular 4/2007, de 27 de diciembre, por la que se modifica el modelo de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas. A diferencia de la anterior, esta circular se refiere simplemente a una necesidad de carácter técnico, aunque de no escasa importancia –la modificación del modelo del informe anual—, como explica su preámbulo: "El Consejo de Ministros, en su reunión de 29 de julio de 2005, adoptó el acuerdo de crear un Grupo Especial de Trabajo que asesorara a la CNMV para armonizar y actualizar las recomendaciones contenidas en los Informes Olivencia y Aldama, a la vista, especialmente, de las recomendaciones y propuestas aprobadas con posterioridad por la Comisión Europea y otras instituciones. Con fecha 22 de mayo de 2006, el Consejo de la CNMV aprobó el Código Unificado de Buen Gobierno que las sociedades cotizadas deberán tomar como referencia al presentar los informes anuales de gobierno corporativo [IAGC] de los ejercicios 2007 y siguientes. Para poder seguir algunas recomendaciones del Código Unificado es necesario que las sociedades expliquen en su IAGC ciertas prácticas de gobierno corporativo. Por tanto, la aplicación del Código Unificado obliga a introducir algunas modificaciones y nuevos apartados en el modelo de informe". La habilitación derivaba, también en este caso, de la Orden ECO/3722/2003 antes mencionada.

- Por último, se ha dictado la Circular 2/2005, de 21 de abril, sobre el informe anual de Gobierno Corporativo y otra información de las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en Mercados Oficiales de Valores.

Se produjo, en este caso, en desarrollo de la disposición adicional segunda de la Ley 26/2003 y de la posterior Orden ECO/354/2004, de 17 de febrero, sobre el informe anual de Gobierno Corporativo y otra información de las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en Mercados Oficiales de Valores. Respecto del informe anual de gobierno corporativo, esta orden (artículo primero.2) facultó a la CNMV para detallar con arreglo a lo expresado en la Orden "el contenido y estructura del informe anual de gobierno corporativo de las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, a cuyo efecto podrá establecer un modelo o impreso con arreglo al cual deberán hacerlo público".

El dictamen del Consejo de Estado nº 110/2004, de 5 de febrero, observó ciertos aspectos sobre la habilitación, algunos de ellos con carácter esencial, esto es relativos a la legalidad de determinados artículos de la orden proyectada. También sobre ello se tratará *infra* en el apartado C.

#### 4. *Materia bursátil en general*

Resta, por último, el grupo de circulares que se refieren a determinadas materias del sector bursátil, con frecuencia de carácter marcadamente técnico o de aprobación de modelos. En esta línea:

- Circular 3/1993, de 29 de diciembre, sobre registro de operaciones y archivo de justificantes de órdenes.
- Circular 1/1996, de 27 de marzo, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del mercado de valores.
- Circular 2/1996, de 24 de julio, por la que se modifican los modelos de información pública periódica semestral de las entidades de crédito, con valores admitidos a negociación en bolsas de valores.
- Circular 1/1998, de 10 de junio, sobre sistemas internos de control, seguimiento y evaluación continuada de riesgos.

Merecen destacarse los términos del preámbulo de esta norma. Su aprobación obedece a una extensión de las exigencias de carácter contable: "Los sistemas de seguimiento deben constituir la base sobre la que hacer frente a los riesgos existentes o potenciales que puedan surgir en el desarrollo de la actividad financiera y, en

consecuencia, su ámbito tiene que exceder del meramente contable, cubriendo el control de la totalidad de la organización administrativa de las entidades”.

Se citan después, con extensión, los preceptos de directivas comunitarias y normas españolas que imponen la existencia de este tipo de sistemas, *pero sin especificar en cada caso que se trate de habilitaciones normativas*: artículo 10 de la Directiva 93/22/CEE del Consejo de la CE, de 10 de mayo de 1993, relativa a los Servicios de Inversión en el ámbito de los Valores Negociables; artículo 66 de la LMV; artículo 55 del Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras (éste sí, se precisa, habilita a la CNMV “para dictar normas que establezcan los requisitos mínimos que deberán cumplir los sistemas internos de evaluación de riesgos, así como la frecuencia y la extensión de las informaciones que, sobre estos sistemas, deberán ser facilitadas” a dicha entidad); norma 2ª.2 de la Circular 5/1990 de la CNMV.

“Por todo lo expuesto anteriormente –concluye-, *con la presente Circular se trata de dar cumplimiento a dichas previsiones, completando determinados aspectos* sobre el control interno contable que no fueron específicamente desarrollados en la Circular 5/1990 y *estableciendo el contenido mínimo que deberán tener las políticas generales de control y seguimiento de los riesgos* a diseñar por las Sociedades y Agencias de Valores y las entidades obligadas de sus grupos consolidables, así como por las Sociedades Gestoras de Cartera a las que se extienden estas obligaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Mercado de Valores, que deberán dotarse de medios que les permitan conocer cuáles son los riesgos que están asumiendo en su actividad diaria y establecer órganos internos que se responsabilicen de ellos, en función de políticas y procedimientos claramente definidos en el seno de cada entidad”.

- Circular 4/1998, de 22 de septiembre, por la que se modifican los modelos de información pública periódica semestral de las entidades de seguro, con valores admitidos a negociación en Bolsas de Valores.

- Circular 1/1999, de 14 de enero, sobre folletos e informes trimestrales de fondos de inversión.

- Circular 2/1999, de 22 de abril, por la que se aprueban determinados modelos de folletos de utilización en emisiones u ofertas públicas de valores (luego modificada por las circulares 3/2000, de 30 de mayo y 2/2003, de 18 de marzo, en materia de folleto informativo para la emisión de *warrants*).

- Circular 4/1999, de 22 de septiembre, sobre procedimientos administrativos y modelos normalizados de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras.

- Circular 2/2000, de 30 de mayo, sobre modelos normalizados de contrato-tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión y otros desarrollos de la Orden ministerial de 7 de octubre de 1999 de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión.

- Circular 4/2000, de 2 de agosto, por la que se establecen los modelos de las Comunicaciones de Derechos de opción y sistemas retributivos de Administradores y directivos en sociedades cotizadas

- Circular 1/2001, de 18 de abril, de sobre modelos de folletos explicativos de las instituciones de inversión colectiva.

- Circular 2/2001, de 23 de noviembre, sobre información a facilitar por las sociedades y agencias de valores a la sociedad gestora del Fondo de Garantía de Inversiones y sobre valoración de valores e instrumentos financieros no cotizados, a efectos de determinación de la base de cálculo de la aportación conjunta anual al Fondo.

- Circular 1/2003, de 22 de enero, por la que se desarrollan los requisitos especiales exigibles a los miembros industriales de los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones sobre el aceite de oliva y se regula la información contable y estadística exigible a las sociedades rectoras de estos mercados.

- Circular 1/2005, de 1 de abril, por la que se modifican los modelos de información pública periódica de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en Bolsas de Valores.

- Circular 2/2007, de 19 de diciembre, por la que se aprueban los modelos de notificación de participaciones significativas, de los



consejeros y directivos, de operaciones del emisor sobre acciones propias, y otros modelos.

- Circular 3/2007, de 19 de diciembre, sobre los contratos de liquidez a los efectos de su aceptación como práctica de mercado.

- Circular 8/2008, de 10 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueban los modelos a los que deberán ajustarse los anuncios y las solicitudes de autorización de las ofertas públicas de adquisición de valores.

- Por último, pueden destacarse las circulares 5/2009, de 25 de noviembre, que regula el Informe Anual del Auditor sobre Protección de Activos de Clientes y 2/2010, de 28 de julio, sobre valores y otros instrumentos de naturaleza financiera codificables y procedimientos de codificación.

#### **B. La práctica del sistema de doble habilitación**

Ya antes se ha visto que la primera doctrina que hubo de pronunciarse sobre los términos de la genérica atribución de potestad normativa contenida en el artículo 15 LMV, se dividió en dos opiniones, que reproducían de algún modo las que surgieron al hilo del mismo debate en torno a la disposición adicional 8ª LDIEC. De un lado, quienes sustentaban que el citado precepto contenía una autorización al poder reglamentario gubernamental o ministerial de una vez por todas, de forma que podría éste después, a su vez, autorizar el ejercicio de la potestad normativa de la CNMV (FUERTES LÓPEZ; también parece aceptar esta explicación GARCÍA ÁLVAREZ). Otro grupo de autores se cuidaba de precisar que es sólo la ley la que contiene la autorización específica –debe, pues, ésta contenerse en las posteriores leyes dictadas al efecto-, en tanto que la intermediación del real decreto u orden tienen la sola virtualidad de ser una condición de ejercicio o actuación del poder normativo de la Comisión (MALARET I GARCIA; MAGIDE HERRERO).

Esta última postura se estima más correcta desde el punto de vista de la ortodoxia doctrinal, puesto que no se resiente el *delegata potestas delegari non potest*. Con todo, interesa más ahora una perspectiva de la práctica. En ésta se ha constatado, en primer lugar, que son en efecto las diferentes leyes –modificativas muchas de ellas de la LMV– las que contienen una autorización a la potestad reglamentaria gubernamental y de la CNMV (aunque ha habido

también excepciones y cláusulas autorizantes contenidas sólo en normas de rango reglamentario: Circular 1/2006, de 3 de mayo, sobre Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión Libre, antes analizada).

De otro lado, en el nivel reglamentario, puede decirse que no hay una regla general. En ocasiones, hay desarrollo estricto de una autorización concreta. En otras, se habla de adaptación a un sector normativo: Circular 1/1993 y todas las relativas al ajuste al Plan General de Contabilidad. En estas últimas no es infrecuente señalar que la ley “reconoce” cierta especificidad en la materia, cuya concreción corresponde a las normas con rango de circular (Circular 7/2008) o que se ha optado por un determinado régimen “en coherencia con lo que el legislador persigue desde tiempo atrás” (Circular 2/2009).

Otro grupo de supuestos parte de que la ley ha establecido normas de obligada observancia o pautas más o menos precisas a las que la circular ha de dar cumplimiento, aunque la habilitación existente sea más bien genérica (circulares 4/1994 y 1/1995). Formalmente sucede a veces –ya se advirtió– que ha variado la ley de cobertura, pero se mantiene la autorización prevista en la orden ministerial (Circular 11/2008, en materia de Entidades de Capital Riesgo). En fin, como también ya se dijo, algunas circulares se proclaman abiertamente recopiladoras o sistematizadoras de reglas legales y reglamentarias precedentes (5/2007, 10/2008).

Sobre todo ello se han pronunciado algunos dictámenes del Consejo de Estado recaídos, no sólo ni principalmente en la elaboración de circulares, sino también los previamente emitidos a las normas legales o reglamentarias en las que se contienen normas autorizantes.

§ En el plano legislativo, destaca el dictamen 3.511/2001, de 17 de enero de 2002, sobre el anteproyecto de Ley Financiera (luego Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sector financiero). En el análisis del régimen de la comunicación de información relevante y privilegiada, cuestionaba el dictamen el reconocimiento de un “amplio marco de competencias normativas a favor de la CNMV, eso sí, previa habilitación expresa del Ministro de Economía”. Y estableció al respecto la siguiente doctrina:

"El anteproyecto reconoce, por tanto, un amplio marco de competencias normativas en favor de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, eso sí, previa habilitación expresa del Ministro de Economía.

El artículo 15.1 de la Ley del Mercado de Valores señala que la Comisión, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la presente Ley, podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos aprobados por el Gobierno o en las Órdenes del Ministerio de Economía, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello.

Por tanto, es claro que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, configurada como órgano de supervisión de naturaleza independiente y con autonomía en su funcionamiento, está legitimada legalmente para dictar disposiciones normativas en los términos señalados por el artículo 15 antes aludido.

*Ahora bien, lo que no parece permitir el artículo 15 es que la Comisión pueda desarrollar directamente las previsiones de una ley. Es decir, los términos en que se expresa el mencionado precepto parecen indicar que siempre debe mediar una disposición reglamentaria -y una disposición reglamentaria con contenido sustantivo, que no consista en una mera disposición habilitadora- en la que precisamente se contendrá la habilitación a la Comisión, reduciéndose así el ámbito material en el que puede entrar en juego la competencia normativa de la Comisión".*

Concluía señalando que, además de lo dicho, "ha de tenerse en cuenta que el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores *no exige que la habilitación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores haya de contenerse en una disposición legal; antes bien, como ya se ha dicho, la Ley se refiere a normas reglamentarias como las que, por regla general, han de contener tales habilitaciones*".

§ Por lo que hace a las normas de rango reglamentario, procede detenerse, en primer lugar, en las que tienen rango de real decreto.

- El dictamen nº 1.302/1992, de 29 de octubre, se emitió sobre el proyecto del que sería Real Decreto 1.343/1992, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras. Advirtió en punto a la habilitación:

"La especialidad de los recursos propios ha conllevado que la habilitación para el desarrollo reglamentario de la Ley revista singularidades apreciables. "El carácter eminentemente técnico de la materia regulada por la presente Ley -dice ésta en su exposición de motivos- ha aconsejado dejar al posterior desarrollo reglamentario la delimitación precisa de buena parte

de sus preceptos, tarea en cuyo ejercicio el Gobierno podrá, a su vez, encomendar amplios cometidos al Ministro de Economía y Hacienda o, en su caso, al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores”.

Y, tras reproducir el tenor de la disposición final segunda del real decreto (cuyo apartado 2 rezaba: “El Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para el adecuado ejercicio de las competencias que les atribuye esta Ley, podrán dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo o ejecución de las disposiciones aprobadas por el Consejo de Ministros o por el Ministro de Economía y Hacienda, siempre que, además, dichas normas les habiliten de modo expreso para ello”), coincidía con la exposición de motivos en que “los deferimientos al desarrollo reglamentario (...) son efectivamente muy variados”, para concluir que “el Consejo de Estado, participando del criterio restrictivo con que deben ser establecidas las delegaciones de que se viene tratando, estima no obstante, a la vista de las mismas, que el Proyecto ha hecho un uso correcto de la habilitación conferida por la Ley que desarrolla, dada la amplitud no usual que ésta reviste, la singularidad de la materia y el estado de la misma en el Derecho Comunitario”.

- Ampliamente trató la cuestión el dictamen nº 1.246/2005, de 29 de septiembre, a propósito de la disposición final quinta del que sería Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva:

“Las numerosas habilitaciones a la CNMV, en términos generalmente en exceso indeterminados o amplios, plantean en última instancia un problema de legalidad y de seguridad jurídica, en tanto se origina un importante grado de fragmentación en la regulación del régimen jurídico de las IIC, así como una mayor complejidad en la aplicación y comprensión de estas previsiones. Así lo ha señalado este Consejo en numerosos dictámenes, entre los que cabe mencionar los dictámenes de fechas 11 de mayo de 2000 (expediente 1.017/2000), relativo al proyecto de Orden Ministerial sobre determinados préstamos de valores, y 17 de enero de 2002 (expediente 3.511/2001), relativo al anteproyecto de Ley Financiera.

El Consejo de Estado no desconoce la dificultad de incluir en una única disposición todos los aspectos que integran el régimen jurídico de estas instituciones y la necesidad de establecer un marco normativo flexible que pueda adaptarse, con cierta agilidad, a las circunstancias cambiantes de los mercados. Sin embargo, este hecho no permite ampliar la competencia normativa de la CNMV hasta extremos en los que dicha competencia carece

de la imprescindible cobertura legal o en los que su configuración adolece de un excesivo grado de indeterminación.

El artículo 15.1 de la Ley del Mercado de Valores señala que la Comisión, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye dicha Ley, podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los reales decretos aprobados por el Gobierno o en las órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello.

Con arreglo a este artículo y como ya se dijo en el dictamen de 17 de enero de 2002, parece claro que la regla general es que la Comisión carece de potestad normativa propia y no puede desarrollar directamente las previsiones de una ley. Es decir, los términos en que se expresa el mencionado precepto parecen indicar que, como regla general, siempre debe mediar una disposición reglamentaria –y una disposición reglamentaria con contenido sustantivo, que no consista en una mera disposición habilitadora– en la que precisamente se contendrá la habilitación a la Comisión, reduciéndose así el ámbito material en el que puede entrar en juego su competencia normativa. En este mismo sentido, las habilitaciones directas a la CNMV que pudieran contener las normas legales han de configurarse como casos excepcionales pues en ocasiones constituyen habilitaciones “per saltum” que inciden sobre el ámbito material que naturalmente corresponde al desarrollo reglamentario por la vía del Real Decreto o incluso de la Orden Ministerial.

Desde esta perspectiva es claro que la CNMV, configurada como órgano de supervisión de naturaleza independiente y con autonomía en su funcionamiento, está legitimada legalmente para dictar disposiciones normativas en los términos señalados por el artículo 15 antes aludido. Es más, en muchos casos y en atención a la materia afectada, tal competencia está plenamente justificada y nada hay que objetar a su reconocimiento en la correspondiente norma reglamentaria (...). El problema surge cuando se abren a la competencia normativa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuestiones tan amplias como es, por citar ahora el ejemplo de la disposición final quinta del proyecto de Real Decreto, el régimen (forma, contenido y plazos) de *toda* la información que deba serle suministrada por los sujetos obligados”.

- Por último, proporciona otro ejemplo el dictamen nº 25/2008, de 25 de febrero, sobre el proyecto de Real Decreto de recursos propios de las entidades financieras (después aprobado como Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero). En este caso, al hilo de la disposición final sexta que habilitaba para el desarrollo de las previsiones reglamentarias tanto al Banco de España como a la CNMV, tras reiterar la doctrina general antes aludida, constataba en el caso de la norma entonces proyectada lo siguiente:

“Es prácticamente continua en el texto del real decreto proyectado la mención a las potestades de estos organismos supervisores para la concreción de los más diversos extremos. Por citar sólo algunos ejemplos, [...] se atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la verificación de la corrección del cálculo de las reservas de regularización (artículo 88.1.c)), la autorización para calcular las exigencias de recursos propios por riesgos ligados a la cartera de negociación usando los métodos de cálculo del riesgo de crédito (artículo 94.2), la modulación de las exigencias de la política de gestión de riesgos (artículo 102) o la determinación del método de consolidación contable (artículo 105), entre otras facultades.

Junto a todo ello, y en términos más amplios, la disposición final tercera hace un elenco de las potestades de carácter no normativo que corresponden a ambos organismos supervisores, según este real decreto.

A la vista de una regulación que hace un uso extensivo y constante de la posibilidad de habilitar tanto al Banco de España como a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para las más diversas funciones, algunas de ellas de carácter normativo y general, el Consejo de Estado encarece aún más la necesidad de que la disposición final sexta del proyecto no se limite a autorizar en blanco la potestad de desarrollo normativo de dichos organismos, sino que determine al menos las materias sobre las que ha de recaer su regulación y las líneas esenciales que han de guiar aquélla”.

§ Entre los dictámenes emitidos a proyectos de órdenes ministeriales, cabe reseñar una doctrina semejante. Puede decirse que es más intensa en cuanto a la existencia de una concreta habilitación del Ministro a la CNMV, pues a medida que se descende en el escalonamiento normativo se reduce el poder de decisión sobre la materia. De otro lado, en estos informes se analiza tanto el producto normativo propiamente sometido a consulta –la orden ministerial y su ajuste con la autorización previa–, como las previsiones que éste contiene en relación con futuros desarrollos de la CNMV.

- Por orden cronológico, pueden destacarse en primer lugar los dictámenes emitidos sobre los proyectos de órdenes ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades y ECO/354/2004, de 17 de febrero, sobre el informe anual de Gobierno Corporativo y otra información de las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en Mercados Oficiales de Valores (números 3.737/2003, de 22 de diciembre y 110/2004, de 5 de febrero, respectivamente).

El primero recordó, ante todo, la elemental doctrina sobre la potestad reglamentaria de los Ministros: "El artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Esta previsión constitucional debe entenderse en el sentido de que sólo el Consejo de Ministros puede ejercer esa potestad reglamentaria originaria que la Constitución reconoce y atribuye a la Administración del Estado; de manera que la potestad reglamentaria de los Ministros, salvo en lo que se refiere a las materias propias de sus respectivos Departamentos [art. 4.1.b) de la Ley 50/1997], no constituye una potestad de carácter originario, sino derivado, y en cuanto tal, su ejercicio está supeditado a la previa existencia de una habilitación específica". A continuación, se enfrentó con el desarrollo concreto que la orden llevaba a cabo. Nada se objetó acerca de la regulación en sentido estricto del informe de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas ex artículo 116.4 LMV. Más dudas suscitaron los "aspectos relacionados con la publicidad del informe de gobierno corporativo y con la puesta a disposición de dicho informe a los accionistas, simplemente previstos en el primer caso, o no aludidos en el segundo, en la LMV, cuyo desarrollo debería producirse previamente en norma de rango reglamentario superior". Por último, se constató la cobertura normativa para dictar normas sobre el informe de gobierno corporativo de otras entidades emisoras de valores y la difusión de hechos relevantes por los emisores de valores.

De más interés quizá es cuanto se dijo sobre la habilitación para que la CNMV desarrollase, a su vez, las reglas de la orden ministerial. Ante todo, se sugirió una corrección de terminología en el preámbulo: "es claro que la habilitación expresa a la CNMV ha de ser, en su caso, para el desarrollo de la Orden Ministerial proyectada, y no de las Leyes de que aquella trae causa. Así figura correctamente en la disposición final primera de la Orden, y no hay duda de que *tal es el único ámbito normativo (el reglamentario) en que puede producirse un desarrollo ulterior por la CNMV*". Se cuestionaron después las habilitaciones genéricas relativas al informe de gobierno corporativo de otras entidades emisoras de valores y la general contenida en la disposición final primera de la orden: "debe introducirse –se dijo– una regulación de mayor detalle, para evitar que se produzca una remisión 'en blanco' a la CNMV, que vendría en otro caso a sustituir

casi por completo el papel que corresponde al titular originario de la potestad reglamentaria (el Gobierno) e incluso el del titular derivado de la misma (el Ministro de Economía), al limitarse este último a otorgar una habilitación expresa y completa para el desarrollo de la materia [...] Por lo que hace a la habilitación de desarrollo 'en general' a la CNMV de lo dispuesto en la Orden, debe reiterarse lo ya dicho acerca de que sería necesaria una mayor concreción del ámbito en que válidamente puede producirse tal desarrollo. Ahora bien, *esta concreción no debe exigirse en este caso respecto a la materia a desarrollar (que se dote de mayor grado de detalle), sino respecto de las propias facultades de la CNMV* (es decir, que desarrolle las previsiones de la Orden en el ámbito de sus propias competencias normativas, "para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye" la LMV, según la dicción del artículo 15 de ésta). *En una palabra, debería precisarse que el desarrollo que pueda hacer la Comisión Nacional del Mercado de Valores debe circunscribirse al ámbito de sus atribuciones de carácter supervisor*".

El dictamen nº 110/2004, sobre el proyecto de orden relativa al informe anual de Gobierno Corporativo y otra información de las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en Mercados Oficiales de Valores, formuló una observación de carácter esencial a un punto concreto, además de objetar, con el mismo carácter, la amplitud de los términos de la autorización a la CNMV de la disposición final primera<sup>359</sup>:

"En lo relativo a los instrumentos de información (apartado tercero de la Orden), no consta la existencia de habilitación legal específica, constituyendo un exceso la regulación contenida en todo este apartado,

---

<sup>359</sup> La previsión contenida en el artículo 130.3 del Real Decreto 1647/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, reza así: "Cuando el dictamen contenga observaciones y sugerencias de distinta entidad establecerá, siempre que sea posible, cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si éstas son atendidas en su totalidad, la resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula 'de acuerdo con el Consejo de Estado'". (En otro caso, esto es si no se atienden en su totalidad las observaciones formuladas como esenciales, se empleará la fórmula 'oído el Consejo de Estado'.) A ambas cláusulas se refiere con carácter general el artículo 2.2, quinto párrafo, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado: "Las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él. En el primer caso, se empleará la fórmula 'de acuerdo con el Consejo de Estado'; en el segundo, la de 'oído el Consejo de Estado'".

Aunque nada se dice en el Derecho positivo, el Consejo ha equiparado en ocasiones las llamadas observaciones esenciales con las de legalidad (en el examen de normas de rango reglamentario) o con las de constitucionalidad o contradicción con el ordenamiento (al analizar todo proyecto de norma, cualquiera que sea su rango). Quedarían, pues, fuera de este ámbito las observaciones de mera oportunidad, sobre la que también se pronuncia el Consejo de Estado (cf. artículo 2.1 de la Ley Orgánica 3/1980). No hay un criterio unánime acerca del particular.



pues, como ha señalado el informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, el artículo 117 de la Ley del Mercado de Valores se refiere en exclusiva a los instrumentos de información de las sociedades cotizadas, y no parece haber en la Ley 26/2003 ningún otro título que habilite para dictar un desarrollo en esta materia.

En este punto, el Consejo de Estado entiende que se ha incurrido en exceso reglamentario, al no existir habilitación legal específica para la regulación del apartado tercero de la Orden (debería revisarse además el título y el párrafo tercero del preámbulo). Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado”.

(...) Esta previsión de desarrollo [genérica de la disposición final primera] debe quedar limitada al ámbito de las competencias normativas de la CNMV, pudiendo únicamente preverse ‘para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye’ la Ley del Mercado de Valores, según la dicción del artículo 15 de ésta. En este sentido, ha de precisarse en la disposición final primera que el desarrollo que pueda hacer la Comisión Nacional del Mercado de Valores debe circunscribirse al ámbito de sus atribuciones de carácter supervisor. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado”.

Una extensa exposición de la cuestión, sin duda la que con mayor grado de abstracción se ha producido hasta el momento, se contuvo en el dictamen nº 1.912/2007, de 8 de marzo, cuyos términos merecen ser reproducidos ampliamente:

“El objetivo principal del proyecto sometido a consulta es, según ya se ha indicado, habilitar a la CNMV para que dicte las circulares que concretarán el régimen aplicable a las instituciones de inversión colectiva en un conjunto de materias. Ello explica que la norma proyectada tenga un contenido fundamentalmente habilitador. En efecto, diversos artículos del proyecto hacen referencia a las facultades normativas de la Comisión Nacional (...), sobre la base de la idea de que serán las circulares que apruebe la CNMV las que lleven a cabo el desarrollo más concreto y extenso de esas cuestiones.

(...) En relación con las remisiones legales y reglamentarias a la capacidad normativa de la CNMV, debe recordarse, ante todo, que (...) su papel en el proceso de producción de normas es, en primer término, de asesoramiento al Gobierno y al Ministerio de Economía y Hacienda o de propuesta para la aprobación de disposiciones relacionadas con los mercados de valores que estime necesarias (artículo 13.2 LMV). De ello se sigue que la CNMV no ejerce, en puridad, ni tiene típicamente atribuidas, potestades originarias de normación reglamentaria, lo que no impide que pueda dictar “las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos o en las Órdenes del Ministerio de

Economía y Hacienda" (circulares), tal y como prevé el artículo 15 LMV. No obstante –y éste es el punto clave en el mecanismo legal establecido-, resulta imprescindible que los reales decretos y órdenes ministeriales, es decir, los reglamentos en sentido propio, la habiliten de modo expreso para ello.

(...) La exigencia de ese requisito previo e inexcusable de habilitación previa y expresa cobra todo su sentido si se tiene en cuenta que las circulares normativas -frente a las interpretativas o informativas- emergen con vocación de inserción en el ordenamiento jurídico y, frecuentemente, recaen sobre un ámbito subjetivo de aplicación no limitado al puramente interno y propio de la organización y gestión administrativas. Antes bien, se trata de disposiciones obligatorias para cuantos ejecuten actividades y presten servicios en el ámbito material de aplicación de la normativa correspondiente, tienen contenido regulador y pueden establecer derechos y obligaciones respecto de terceros ajenos a la estructura organizativa propia del ente que las dicta. La incorporación al ordenamiento jurídico de tales circulares determina, dado su carácter a menudo abstracto, su calificación como disposiciones generales y no como actos singulares en ejecución de la ley. Se trata, en definitiva, de auténticos reglamentos.

(...) El Consejo de Estado no desconoce la dificultad de incluir en una única disposición todos los aspectos que integran el régimen jurídico de estas instituciones y la necesidad de establecer un marco normativo flexible que pueda adaptarse, con cierta agilidad, a las circunstancias cambiantes de los mercados. De conformidad con este planteamiento, la desconcentración reglamentaria no sólo es formalmente posible, sino que también se presenta como instrumento muchas veces necesario para completar el contenido de la norma.

(...) Como ha señalado reiteradamente este Consejo de Estado, no es sólo que las circulares hayan de estar respaldadas por una habilitación expresa, sino que dicha habilitación no debe ser una norma de remisión en blanco cuando estén en juego derechos o deberes reconocidos e las leyes. Las circulares encuentran su ámbito propio de actuación en la determinación última del modo de ejecución de preceptos preestablecidos en normas de superior rango, en el establecimiento de modelos de impresos o folletos, en la particularización de normas o criterios técnicos, en el establecimiento, en fin, de pautas generales de actuación de la CNMV o instrucciones de sus servicios. Más allá de estos ámbitos, cabría cuestionar la ortodoxia de esas disposiciones en lo que puedan afectar sustancialmente a derechos o deberes de terceros.

(...) En definitiva, aun cuando la norma proyectada no contradice la ley ni su reglamento de desarrollo, sí resulta procedente, en todo caso, la inclusión en el proyecto sometido a consulta de las pautas o condiciones básicas que deben inspirar la regulación adoptada por la CNMV, pues así lo aconsejan no sólo razones de adecuada técnica legislativa, sino también y sobre todo, razones de seguridad jurídica.

Desde esta última perspectiva y con carácter general, *el Consejo de Estado considera necesario poner de relieve la necesidad de limitar, en la medida de lo posible, el uso incontrolado de las habilitaciones normativas a favor de las llamadas "Administraciones independientes". Aun cuando las disposiciones adoptadas por este tipo de entes desempeñan un importante papel en la regulación de determinadas materias o sectores económicos, el peso numérico relativo de las circulares dentro del corpus normativo total regulador de tales sectores (en el caso de la CNMV, de los mercados de valores) es ya muy alto, con tendencia a llegar incluso a ser desproporcionado.* Se observa, además, una dispersión en las normas legales aplicables a cada sector, dispersión que se mantiene y aun acrecienta en el campo propiamente reglamentario, con la consiguiente merma de la seguridad jurídica, en cuanto tales circulares no siguen el procedimiento general establecido por la ley para la aprobación de disposiciones generales. Pues no debe olvidarse que, según el artículo 97 de la Constitución, la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno, que la ejerce por los cauces mencionados en el artículo 23.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y con sujeción a las garantías procedimentales fijadas en su artículo 24 (audiencia, informe de la Secretaría General Técnica...). Debe igualmente advertirse que el Gobierno en general, y el Ministerio de Economía y Hacienda, en particular, no pueden ni deben hacer dejación de sus responsabilidades en materia de regulación reglamentaria de los mercados de valores".

Una última muestra puede encontrarse en el dictamen nº 468/2009, de 7 de mayo, emitido sobre el proyecto de Orden por la que se desarrolla el artículo 82.5 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de comunicación de información relevante (posterior Orden EHA/1421/2009, de 1 de junio). El Consejo de Estado reiteró, ante todo, su doctrina general acerca de la potestad normativa de la CNMV (dictámenes 1.912/2007, de 8 de noviembre y 25/2008, de 7 de febrero) y la advertencia de que "tal autorización de la potestad normativa no se produzca en blanco, sino que, como dijera el dictamen del Consejo de Estado 3.511/2001, de 17 de enero de 2002, 'siempre debe mediar una disposición reglamentaria -y una disposición reglamentaria con contenido sustantivo, que no consista en una mera disposición habilitadora- en la que precisamente se contendrá la habilitación a la Comisión, reduciéndose así el ámbito material en el que puede entrar en juego la competencia normativa de la Comisión'". Después matizó que "esta última exigencia se ha observado en los diversos preceptos del proyecto que llaman a la potestad normativa de la CNMV para la regulación de un determinado extremo (...). La disposición final primera, en cambio, no concreta las líneas de desarrollo a seguir por

el supervisor, sino que contiene una habilitación genérica, que debería precisarse al menos en sus líneas esenciales”, parecer en el que estaba conforme, por lo demás, el Comité Consultivo de la CNMV.

§ Finalmente, en el último escalón de la cadena normativa también se ha sentado una doctrina similar. En este caso la preceptividad de la consulta al Consejo de Estado se ha apreciado en los escasos supuestos de proyectos de circulares que, bien venían a culminar el proceso de transposición del Derecho comunitario bien podían considerarse todavía reglamentos ejecutivos de las leyes por desarrollar aspectos de éstas. En el extremo concreto de la habilitación, cabe citar el dictamen nº 1.779/2008, de 20 de noviembre, relativo al proyecto de Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables (Circular 12/2008, de 30 de diciembre). Una vez más se incidió en la doctrina general. Por lo que hacía al caso concreto, se limitó a constatar que “en el presente proyecto de Circular sólo unas pocas normas encuentran su habilitación directa en la Ley del Mercado de Valores; en tanto que las restantes son habilitadas por la regulación contenida en el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras (Real Decreto 216/2008, en adelante)”;

habilitaciones que se precisaron después y a las cuales se entendió ajustada la circular.

### **C. Transposición de Derecho comunitario e incorporación de normas internacionales**

Un fenómeno cada vez más frecuente en el ámbito de los llamados organismos reguladores es el de que éstos procedan a transponer normas del Derecho comunitario europeo –con rango de directiva, ya que ésta obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (cf. artículo 249, párrafo tercero, del Tratado de la Comunidad Europea)— o incorporen al ordenamiento interno normas de origen internacional. Se estudian por separado ambas prácticas, aunque tienen claros puntos de conexión que se analizarán en el último apartado.

#### *1. La participación en la fase ascendente del Derecho comunitario: legislación en diversos niveles y participación de la CNMV en cuanto organismo supervisor*

A su vez, la relación de las normas dictadas por la CNMV con el Derecho comunitario puede estudiarse en la doble vertiente de la fase ascendente o de creación de las normas y la fase descendente o de ejecución en el proceso decisorio europeo.

Por lo que hace a la primera, justamente el ámbito de los mercados de valores ha sido el campo de experimentación en el Derecho europeo de la llamada legislación en diversos niveles, conocida también como método de legislación Lamfalussy, en atención al nombre del presidente del Comité de Sabios que emitió su informe en febrero de 2001<sup>360</sup>. El sistema regulador propuesto por este Comité ha sido en esencia el siguiente –como ejemplo de esta estructura normativa puede tomarse la regulación del abuso de mercado, a que se hizo referencia *supra*—:

- En el Nivel 1 se encuentran las llamadas “leyes marco”, con forma de Directivas o Reglamentos aprobadas por el Consejo y el Parlamento. Se limitan a definir los principios generales.

- El Nivel 2 estaría constituido por normas de desarrollo reglamentario de las anteriores, con forma de Directivas o Reglamentos de la Comisión. En este plano se produce la participación de los supervisores nacionales, en los términos que seguidamente se dirán.

- Un Nivel 3 estaría formado por las interpretaciones comunes, recomendaciones y códigos voluntarios aprobados por el Comité Europeo de Reguladores de Valores. En nuestro Derecho se ha querido ver en estas reglas un paralelismo con las Cartas-Circulares que en su momento empleó la CNMV<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> Sobre el informe Lamfalussy y muchas de las cuestiones que se abordan a continuación en el texto, cf. FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., “La supervisión de valores en Europa”, en VVAA (coords. A. Olcese y M. Martín), *Estudio sobre la reforma de los mercados financieros*, 2004 y la bibliografía allí citada. Agradezco al autor la valiosa orientación que me facilitó sobre el funcionamiento de éstos y otros aspectos, en la realidad diaria de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Vid.* también las referencias de GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *RAP* núm. 171 (septiembre-diciembre 2006), pp. 169 ss.

<sup>361</sup> Cf. FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., “La supervisión de valores en Europa”, *cit.*, nota al pie nº 37. Para un juicio crítico de estas cartas circulares, *vid.* Díez-Sánchez, J. J., “La Comisión Nacional del Mercado de valores. Análisis especial de las Cartas-Circulares de su Presidente”, *RDBB* núm. 67 (1997), pp. 741-781. GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico” (*cit.*, p. 173), ha resumido los elementos negativos que motivaron un juicio negativo de la doctrina sobre esta figura en que se trataba de “interpretaciones que no parecían responder a un acuerdo previo del Consejo ni de la Comisión, que no contaban con apoyo normativo expreso ni eran objeto de publicación formal, ni en el Boletín Oficial del Estado ni en otro medio escrito, sino únicamente a través de la página web de la entidad”.

- Finalmente, las tareas de control por parte de la Comisión formarían parte de un Nivel 4 de actuación.

Como se apuntaba, las Directivas de la Comisión del Nivel 2 se basan en un dictamen que emite el Comité Europeo de Valores (*European Securities Committee, ESC*), en el que están representados los Estados miembros: presidido por un representante de la Comisión, sus miembros son altos funcionarios de los Ministerios de Economía de los Estados miembros (artículo 3 de la Decisión de la Comisión 2001/528/CE, de 6 de junio de 2001, por la que se establece el Comité europeo de valores). A su vez, el dictamen trae causa del informe que realiza un segundo comité, el antes mencionado Comité Europeo de Reguladores de Valores (*Committee of European Securities Regulators, CESR*), integrado por “representantes de alto nivel” (presidentes) de las autoridades nacionales supervisoras (Decisión de la Comisión 2001/527/CE, por la que se crea este Comité, después modificada por Decisión de la Comisión de 5 de noviembre de 2003)<sup>362</sup>.

## 2. La aptitud de las circulares para transponer Derecho comunitario

La doctrina ha solido parar más la atención en la intervención que se produce en la llamada fase descendente del proceso normativo europeo.

§ En este caso, el enfoque tradicional consiste en plantear el papel que puedan jugar las circulares internas, las hoy llamadas instrucciones y órdenes de servicio por el artículo 21 LRJAP, en la transposición del Derecho derivado europeo que la requiera. “De naturaleza discutida, se ha afirmado que tales disposiciones pueden tener, en casos concretos y en función de su contenido, naturaleza normativa (STC 54/1990, de 28 de marzo y 103/1999, de 3 de junio; STS de 27 de noviembre de 1989)”<sup>363</sup>. Con carácter general, no se les reconoce en nuestro Derecho carácter normativo, indicio de lo cual es –para algún autor– la regla del artículo 21.2 LRJAP que dispone que “el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de

---

<sup>362</sup> A su vez, las recomendaciones del nivel 3 son aprobadas también por el CESR; suele hablarse por ello de “supervisores o reguladores de nivel 3” para referirse a estos organismos (*the three Level 3 Committees [CEBS, CEIOPS and CESR]*).

<sup>363</sup> *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español* (Estudio 1/2008, de 14 de febrero), después coeditado por el propio Consejo de Estado y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, con *Texto del informe, estudios y ponencias* [pres. F. Rubio Llorente], p. 147.

servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir". Hay además toda una jurisprudencia reacia a reconocer naturaleza normativa innovadora a tales instrucciones, de la que es exponente la STC 26/1986, para la que las circulares "no alcanzan propiamente el carácter de fuente del Derecho, sino tan sólo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria"<sup>364</sup>.

Estas circulares o instrucciones podrían, pues, en abstracto regular algún aspecto secundario o meramente técnico que se estimase necesario para la ejecución de un reglamento o la incorporación de una directiva o de una decisión marco de la Unión. Dos serían los requisitos mínimos exigibles para ello: que se asentaran en un criterio motivado y no cambiante de la Administración, quedando a salvo la posibilidad de impugnarlas en otro caso por contrarias al principio de igualdad en la aplicación de la ley; que tuvieran debida publicación oficial (como lo exige a ciertos efectos, "cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse", el artículo 21.1 *in fine* LRJAP).

Sin embargo, el TJCE ha puesto serios reparos a la incorporación de Derecho comunitario mediante este tipo de circulares, a la vista sobre todo de la ausencia de publicidad oficial. En particular, la STJCE de 12 de enero de 2006, *Comisión c. España*, C-132/04, condenó a España por la falta de transposición, en el ámbito de la Guardia Civil, de una directiva sobre seguridad y salud de los trabajadores, en relación con la cual se habían dictado diversas instrucciones de las que no constaba su publicación y que se consideraron insuficientes para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> Sobre todo ello, recogiendo sintéticamente las posturas doctrinales sobre el particular, cf. F. PASCUA MATEO, "La ejecución normativa del Derecho comunitario en España", en *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, con *Texto del informe, estudios y ponencias* [pres. F. Rubio Llorente], ed. Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 491 ss. (en especial, 553 ss.).

<sup>365</sup> Sobre lo anterior, cf. ampliamente PASCUA MATEO, "La ejecución normativa del Derecho comunitario en España", *cit.*, pp. 555-556 y el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, *cit.*, pp. 147-148.

§ Una perspectiva parcialmente diferente es la que ofrece el Derecho alemán. Allí, donde “el gran grupo de las disposiciones administrativas internas [*Verwaltungsvorschriften*] no ha encontrado una forma unitaria”, el problema se ha planteado con las disposiciones administrativas o circulares que desarrollan o ejecutan normas jurídicas<sup>366</sup>.

Concretamente, la cuestión se ha debatido a propósito de las circulares que precisaban los valores máximos de emisiones radiactivas o contaminantes a respetar por las autorizaciones administrativas. La sentencia del Tribunal Federal de lo contencioso-administrativo (BVerwG) *Wyhl*, de 19 de diciembre de 1985, otorgó valor normativo a tales disposiciones. La STJCE de 30 de mayo de 1991, *Comisión c. Alemania*, C-361/88, consideró en cambio que tales disposiciones administrativas no son un instrumento adecuado para la transposición de directivas comunitarias porque no se ha acreditado suficientemente que vinculen a terceros. Y sentó la doctrina general relativa a que “la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de su contenido en una disposición legal expresa y específica y, en función de su contenido, puede ser suficiente un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de manera suficientemente clara y precisa” (jurisprudencia reiterada después en las Sentencias de 7 de enero de 2004, *Comisión/España*, C-58/02 y de 20 de octubre de 2005, *Comisión/Reino Unido*, C-6/04).

§ Llegamos así al extremo relativo a si esta misma doctrina resulta de aplicación a las circulares indudablemente normativas dictadas por la CNMV.

En la doctrina, PASCUA MATEO ha apuntado que el problema suscitado por estas normas poco tiene que ver con el de las circulares administrativas internas. Y ha constatado que el uso de circulares de la CNMV en la incorporación del Derecho comunitario “es relativamente intenso, sin que produzca, sin embargo, problema

---

<sup>366</sup> Cf. E. SCHMIDT-ASSMAN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática* [pról. A. López Pina y trad. por varios autores; en esta materia por R. García Macho], INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 340-341. Aclara el traductor, para el lector español, que estas disposiciones administrativas, “que se corresponden básicamente con las circulares e instrucciones del Derecho español, no son normas jurídicas, no son reglamentos”, aunque pueden “desarrollar una Ley o un Reglamento, como se explica en el texto”.



alguno en relación con el principio de seguridad jurídica del Tribunal de Justicia”, debido al régimen de publicidad que aquéllas observan<sup>367</sup>.

El Consejo de Estado, al enfrentarse con esta cuestión (dictamen nº 1.779/2008, de 20 de noviembre, sobre el proyecto de Circular 12/2008), aludió a la jurisprudencia del TJCE antes extractada para concluir que “no hay problema de rango normativo al escogerse como instrumento para culminar la incorporación del Derecho comunitario una circular de la CNMV (...) cuya naturaleza normativa está fuera de duda, conforme al antes citado artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores. Junto a ello, ha de destacarse en segundo lugar, que en casos como el presente –en los que existe una transposición escalonada en el tiempo y rango de las normas: ley, real decreto, circular– ‘resulta deseable que la habilitación normativa a los organismos supervisores se produzca en aspectos de alto grado de especificación técnica, como en gran parte son los que regula el proyecto sometido a consulta’ (dictamen nº 664/2008)”.

### *3. La incorporación de normas creadas por organismos internacionales y la conexión entre ordenamientos*

Lejos en teoría de la cuestión anterior, pero con claras conexiones materiales, se presenta el problema relativo a las normas de origen internacional –con frecuencia también de ámbito europeo– que inspiran la regulación interna dictada por la CNMV, o que directamente son tomadas por ésta para su traslación sin grandes matices al ordenamiento interno.

Por seguir con el ejemplo antes utilizado, la Circular 12/2008, de 30 de diciembre, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables, viene a culminar un proceso de adaptación a nuestro propio Derecho de las reglas que derivan del conocido como Acuerdo de Capital de Basilea II: una serie de criterios prudenciales homogéneos en materia de recursos propios de los intermediarios financieros, que fueron objeto de armonización internacional mediante el acuerdo adoptado en el seno del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea el 26 de junio de 2004. Este acuerdo desarrolla un conjunto de medidas estructuradas sobre la base de lo

---

<sup>367</sup> Cf. PASCUA MATEO, “La ejecución normativa del Derecho comunitario en España”, *cit.*, pp. 558-559.

que se ha dado en llamar tres pilares, cada uno de los cuales representa un enfoque diferente de la supervisión: el primero se refiere a la adopción de reglas uniformes y determina los requerimientos mínimos de capital; el segundo establece un sistema de supervisión revisora, con el fin de mejorar la gestión interna de riesgos de las entidades; el tercer pilar responde, en fin, "al efecto disciplinario que ejerce el escrutinio del mercado" y obliga a las entidades a divulgar información sobre los aspectos claves de su perfil de negocio, exposición al riesgo y formas de gestión de éste.

La regulación sobre esta materia en el ordenamiento interno comienza con la Ley del Mercado de Valores en su redacción por Ley 47/2007, de 19 de diciembre; continúa en el Real Decreto 216/2008 y viene a culminar en la mencionada Circular de la CNMV 12/2008.

Desde un punto de vista práctico, interesa que la terminología y los conceptos empleados por esta forma de *soft law* respondan, con el mayor grado de precisión posible, a los parámetros que rigen en nuestro propio Derecho. A propósito de la Circular 12/2008, se observó en este sentido:

"En materia de garantías reales inmobiliarias, es frecuente en la circular proyectada que se use la expresión de "propiedades pignoradas" (así, en el artículo 53.1, letras d] y e]), cuando se está tratando de préstamos garantizados con hipotecas sobre inmuebles, o bien que las condiciones exigidas a tales hipotecas para operar como garantías sea la relativa a su "validez jurídica y eficacia en todas las jurisdicciones relevantes" o a la circunstancia de que sean "gravámenes jurídicos perfectos, es decir, que se hayan cumplido todos los requisitos legales para el establecimiento de la garantía" (así, artículo 81).

No desconoce el Consejo de Estado que el empleo de esta terminología responde en buena parte al carácter internacional de la normativa en que está directamente inspirada esta regulación (bien sea por exigencias del Derecho comunitario, bien por las influencias recibidas a través de éste de foros como el Comité de Supervisores Bancarios de Basilea). En cualquier caso, y en la medida de lo posible, sería conveniente el uso preciso de los conceptos conforme a nuestro ordenamiento jurídico (por ejemplo, el término "pignorados" podría sustituirse sin pérdida de sentido por el de "hipotecados" por estar referido a inmuebles, o simplemente por el de "garantizados"). Igualmente, la habitual mención en la circular de la "certeza legal", o "certeza jurídica", que se requiere a las diferentes garantías, parece que responde a una traducción literal de la exigencia de *legal certainty* que suele figurar en las normas internacionales, y que corresponde en nuestro Derecho al principio de seguridad jurídica" (dictamen 1.779/2008, citado).

La cuestión conecta en teoría, largamente, con los problemas suscitados por los ordenamientos conectados por un sistema de vínculos, en un modelo que no responde ya a la pirámide kelseniana ni a las doctrinas tradicionales del monismo o dualismo en la recepción del Derecho internacional. Las aproximaciones a la cuestión han sido muchas y diversas, en su mayor parte suscitadas por la voluminosa y cada vez más creciente legislación internacional que suponen las normas de la Organización Mundial del Comercio (*World Trade Organization*, WTO); aunque presenta ciertos rasgos propios en la regulación de carácter financiero<sup>368</sup>.

---

<sup>368</sup> Sobre todo ello, cf. *infra* Capítulo XIII, apartado III.



## **CAPÍTULO VI**

### **LA CAPACIDAD NORMATIVA DEL INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS**

#### **I. Sentido de una potestad reglamentaria específica en materia contable**

§ La regulación jurídica de la actividad económica no se entiende hoy sin tener en cuenta los aspectos contables de ésta. Sin pretender terciar aquí en el debate de la autonomía conceptual de una determinada rama del ordenamiento jurídico, es lo cierto que el Derecho contable ha experimentado una creciente trascendencia en los últimos tiempos.

En la doctrina mercantil se ha dicho que el Derecho contable se puede comprender en sentido estricto –en esta acepción, la disciplina jurídica del deber público de contabilidad no llega a alcanzar autonomía, pues su sistema de fuentes de creación es el propio del Derecho mercantil- y como parte del Derecho mercantil en sentido amplio, concebido éste como Derecho privado de la institucionalización de la empresa. En esta última línea, “el Derecho contable forma parte esencial de la materia mercantil y en concreto de la actividad empresarial de organización”; “es el núcleo del Derecho mercantil como Derecho de la organización de la empresa, presupuesto de la necesaria información para la planificación empresarial y de la protección de los interesados en aquélla”<sup>369</sup>.

VICENT CHULIÁ, autor que sostiene la distinción que se acaba de hacer, precisa que el Derecho contable forma parte del Derecho mercantil en sentido amplio, pero que no debe hablarse de aquél como Derecho sectorial, si no es para subrayar su dispersión y escasa sistematicidad. En cambio, la descripción que hace de estos “Derechos sectoriales” es sumamente útil, a nuestro juicio, para explicar lo que aquí interesa: por qué se ha llegado a reconocer una

---

<sup>369</sup> Cf. ampliamente VICENT CHULIÁ, F., “En torno al concepto y fuentes del Derecho contable”, en VVAA (coord. J. L. Iglesias Prada), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, tomo I, pp. 605 ss; pp. 608-609 para este aspecto introductorio.

potestad reglamentaria específica a un organismo administrativo en esta materia.

Dice así que los materiales que podrían propiciar la construcción de un Derecho sectorial se encuentran en el Derecho contable. *"Existe un conjunto de normas de naturaleza y procedencia heterogéneas que tienen como elemento común la regulación de la actividad contable, unos determinados destinatarios de ellas –los empresarios mercantiles, las personas jurídicas titulares de empresas, los administradores de éstas, los expertos contables y los auditores de cuentas- y un conjunto de autoridades administrativas encargadas de la supervisión de la disciplina contable en el doble aspecto de la contabilidad y de la auditoría de cuentas. Y existe una interacción entre entidades públicas y privadas en la creación de normas y en su aplicación, incluso mediante un doble sistema de control disciplinario: deontológico o corporativo y administrativo (por un lado, las Corporaciones y Asociaciones de Expertos Contables y de Auditoría; y por otro, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, la Comisión Nacional del Mercado de valores, el Banco de España y la Dirección General de Seguros)"*<sup>370</sup>.

§ Sentado lo anterior, procede detenerse en la teoría del Derecho contable y en su sistema de fuentes. De la primera cabe destacar aquí que la contabilidad como objeto de aquél es poliédrica y comprende, al decir de este autor, tres facetas fundamentales que se rigen por otros tantos estándares o pautas de conducta: actividad empresarial de organización (el ordenado comerciante), ciencia económica y técnica de expresión de los hechos empresariales contabilizables (el experto contable) y sistema de información del empresario dirigido a los terceros (la información veraz, objetiva y comprensible). Este tercer aspecto –transparencia, *disclosure*– envuelve en la actualidad a los otros dos y de ahí la importancia del principio que obliga a mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

En el vértice de la teoría del Derecho contable está, por tanto, el deber público de contabilidad, que tiene como presupuesto constitucional la libertad de empresa y que se impone con el alcance subjetivo previsto en la ley. En consecuencia, "la contabilidad no sirve sólo de 'información interna' a su titular, sino, sobre todo, de

---

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 610 (subrayado nuestro).

instrumento de 'rendición de cuentas' por parte de éste a los diversos sujetos que entran en relación contractual y de competencia con el mismo: socios, clientes, proveedores, Hacienda Pública, competidores, etc." y "por eso el Derecho contable no se ocupa de la contabilidad interna o de costes, sino sólo de la externa o financiera"<sup>371</sup>.

§ Respecto del sistema de fuentes, VICENT CHULIÁ rechaza, ante todo, que exista un "sistema de fuentes propio de creación de las normas contables" –característico de una concepción que defendiese la autonomía del Derecho contable–, "en especial por lo que se refiere a la actividad reglamentaria de las diversas autoridades de control: Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores e Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas". Sostiene, por el contrario, que se ha de seguir el sistema establecido en el artículo 2 del Código de Comercio por tratarse de Derecho privado especial, según su interpretación adecuada al ordenamiento actual: el mismo Código, junto a toda la legislación mercantil y su desarrollo reglamentario ajustado a la Constitución, los usos de comercio y el Derecho común.

Dentro de este sistema y en el trabajo que ahora se sigue (fechado en 1996), el citado autor encuadraba las resoluciones del ICAC como normas técnicas contables, elaboradas por un organismo administrativo técnico y que pueden recoger un verdadero Derecho contable consuetudinario. Para llegar aquí, partía de que en esta materia había tenido lugar un proceso de descodificación, mediante delegación y fragmentación normativas: "una misma norma se repite

---

<sup>371</sup> *Ibidem*, pp. 614 y 616 y nota nº 17. Ya en el mismo sentido GARRIGUES distinguía entre Derecho de contabilidad material o de balances, relativo al cálculo mercantil del resultado del negocio y Derecho de contabilidad formal, que se refiere a la representación externa de los acontecimientos del negocio. En la regulación jurídica de ambos está presente un doble interés: el del comerciante en la apreciación de su situación económica y el interés de terceros, que llega a ser un interés general que reclama la veracidad de los balances (cf. J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, t. I., pp. 208 y 638-639, Madrid impr. Aguirre, 1976 revisada con la colaboración de A. Bercovitz).

En el mismo sentido, se ha podido hablar de un "conjunto de disposiciones que vienen integrando el que comienza a singularizarse por la doctrina como Derecho de la Contabilidad o Derecho Contable, a partir de la recepción de las Directivas comunitarias dictadas sobre la materia y cuya 'última ratio' se encuentra en el cambio de perspectiva operado en relación con las cuentas anuales de las empresas y de la contabilidad en general. Por virtud de este nuevo enfoque de la contabilidad se ha centrado la finalidad de ésta en mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, y situado la normalización contable en el campo de los deberes jurídicos como obligación impuesta a las empresas en contrapartida al derecho a la información sobre su actividad antes circunscrito a los accionistas y acreedores y abierto ahora en general a quienes tengan interés en la misma" (dictamen del Consejo de Estado nº 382/1992, de 17 de septiembre).

escalonadamente a lo largo de toda la jerarquía de fuentes: Ley (...), Reglamento, 'Normas Técnicas' aprobadas por resolución del ICAC (en la regulación de auditoría de cuentas y en el desarrollo de la normativa contable) –sin que, muchas veces, las normas de rango inferior añadan apenas nada sustancial a las contenidas en la Ley”<sup>372</sup>. Y se basaba, sobre todo, para alcanzar esta conclusión en un criterio jurisprudencial (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero de 1994) que consideró nula de pleno derecho la Resolución de 21 de enero de 1992, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial (BOICAC de 1 de enero de 1992; BOE de 7 de abril de 1992).

La sentencia razonó (FJ 5º) que, carente de apoyo legal, la facultad atribuida al ICAC por la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990, por el que se aprobó el Plan General de Contabilidad, “no puede entenderse como una delegación de la potestad reglamentaria (...) No se trata del desarrollo reglamentario de una ley, ni como reglamento se pueden calificar las normas elaboradas y aprobadas ‘por resolución’ del ICAC. Se trata de disposiciones administrativas no reglamentarias que (...) sólo despliegan o deben desplegar su eficacia en lo puramente interno. (...) La disposición final quinta del RD 1643/1990 no respeta el principio de jerarquía al permitir que el ICAC, en lugar de proponer la elaboración de unos criterios que desarrollen el Plan General de Contabilidad, dicte normas de obligado cumplimiento para todas las empresas (personas físicas y jurídicas) afectadas por el Plan General de Contabilidad. El ropaje de estas normas no es el apropiado, dada la eficacia externa que con ellas se pretende. Con ello, también se vulnera el procedimiento *ad hoc* establecido en los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo”. La mencionada resolución del ICAC fue, por todo ello, declarada nula de conformidad con lo dispuesto en los apartados a) y c) –manifiesta incompetencia,

---

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 633. La explicación de su valor consuetudinario puede retenerse, a los efectos que después se verán: “los textos elaborados por las Asociaciones de contables y auditores de cuantas a nivel nacional e internacional no harían más que recopilar lo que ya existe como ‘Derecho social’ en el tráfico; y cuando el legislador dicta normas recogiendo estos usos cambia su sustancia normativa (los convierte en ley escrita interna: por ejemplo, los principios contables de valoración del artículo 38 del Código de Comercio, que los toma del artículo 32 de la IV Directiva CEE sobre sociedades). Pero cuando un organismo administrativo dicta resoluciones recogiendo tales usos no necesita actuar revestido de potestad reglamentaria: basta con su autoridad técnica o científica y la fidelidad probada con que recoge los usos contables, ya preexistentes a nivel nacional o internacional” (*ibidem*, p. 634, subrayado nuestro).



falta absoluta de procedimiento- del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

§ Un año después de este trabajo, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997 admitió la potestad reglamentaria del ICAC y la validez de la resolución en cuestión (salvo en un aspecto de su norma 8ª, apartado 2, que introdujo un tratamiento contable del arrendamiento financiero en determinadas condiciones como “inmovilizado material”, equivalente a una compraventa con precio aplazado, equiparación que no se deducía del RD 1643/1990)<sup>373</sup>.

Esta sentencia, luego confirmada en los mismos términos por otra de 24 de febrero de 2003, sustentó la validez normativa de las resoluciones del ICAC en la existencia de una habilitación legal en el artículo 2.2.b) de la Ley 19/1998, de 12 de julio, de auditoría de cuentas. Lo que argumentó de esta manera (FJ 3º):

“No existe la menor duda de que la resolución impugnada va más allá de lo estrictamente interno u organizativo, ya que su finalidad principal, como su preámbulo dice, es desarrollar los criterios de valoración de los distintos elementos patrimoniales de las empresas, especialmente los referidos al inmovilizado inmaterial -gastos de investigación y desarrollo, propiedad industrial, fondo de comercio, derechos de traspaso, aplicaciones informáticas, derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero-; y, en este sentido, trasciende de lo simplemente intrínseco para expandirse al régimen de contabilidad de las empresas, que ha dejado de ser de aplicación voluntaria, como lo era durante la vigencia del Plan General de 22 Feb. 1973, al convertirse en obligatorio para todas ellas, «cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria» (art. 2 del RD 1643/1990 de 20 de diciembre).

Ahora bien, aunque los centros de producción normativa, entre los que cabe incluir al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, no pueden autónomamente dictar este tipo de reglamentos, sí que es posible una habilitación conferida por el legislador para que, dada la especialidad eminentemente técnica de una materia o su versatilidad en el tiempo, que haría difícilmente oportuna, por tardía, la regulación mediante Ley, puedan los mismos promulgar disposiciones fuera de su margen organizativo. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en sus SS 135/1992, 185/1995 y en la más reciente 133/1997.

---

<sup>373</sup> A juicio del mismo autor, ello supuso “el reconocimiento de una delegación poco clara” en el artículo 2.2.b) de la Ley 19/1988, de auditoría de cuentas, puesto que el Tribunal Supremo dedujo “de una frase perdida en la Ley dicha norma de delegación, que debería haber figurado con toda claridad” (VICENT CHULIÁ, F., “Reconocimiento al ICAC de potestad reglamentaria en materia contable”, *RGD* nº 640-641 (1998), pp 725 ss; cita en p. 727).

Es esto lo que ha ocurrido en el caso que ahora contemplamos, y así lo manifestó el Consejo de Estado al emitir su dictamen en relación con el RD 1643/1990, cuando aún estaba en fase de proyecto. En efecto, el artículo 2.2 b) de la Ley 19/1988, de 12 de julio, que regula la Auditoría de Cuentas, al referirse al contenido del informe de dicha auditoría, dice que debe expresar, entre otros datos, la opinión del auditor sobre si se han preparado y presentado las cuentas anuales de conformidad con los principios y «normas contables» que establezca el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. En dicho precepto se encuentra el respaldo de una remisión normativa, que se recoge en la disposición final 5.ª del mencionado Real Decreto, y se corresponde con la Cuarta Directiva Europea (art. 38), cuando establece que la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales deberá realizarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados. Como indica el dictamen del Consejo de Estado «la competencia atribuida al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas es, propiamente, una actuación homologadora de los que, en la praxis contable, han sido aceptados con un grado de generalidad que justifique su inclusión en el concepto genérico utilizado en el art. 38.1 del Código de Comercio». Se trata, en definitiva, de elevar a la categoría de norma escrita los usos sobre la contabilización de determinados hechos económicos”.

## **II. La situación legal y reglamentaria vigente en cuanto al reconocimiento de potestad reglamentaria al ICAC**

### **A. La Ley de auditoría de cuentas y la Ley 16/2007**

§ En su redacción original, el artículo 2.2.b) de la Ley de auditoría de cuentas establecía que el auditor de cuentas había de manifestar en su informe de manera clara y precisa su opinión sobre si las cuentas se han “presentado de conformidad con los principios y normas contables que establezca el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas”; inciso que sirvió de habilitación para que la disposición final quinta del Plan General de Contabilidad de 1990 autorizase a su vez, ampliamente, las facultades normativas del ICAC para aprobar normas de desarrollo del Plan General de Contabilidad.

Es de destacar que esta regla no se recoge ya en el citado artículo 2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio de auditoría de cuentas, en su redacción por la Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real

Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria.

§ Sin embargo, la regla legal de autorización se ha llevado a la disposición final primera, apartado 3, de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, en los siguientes términos:

“Se autoriza al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para que apruebe normas de obligado cumplimiento en desarrollo del Plan General de Contabilidad y sus normas complementarias, en particular, en relación con los criterios de reconocimiento y reglas de valoración y elaboración de las cuentas anuales. Las normas dictadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, deberán ajustarse al procedimiento de elaboración regulado en el artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno”.

Sobre el particular, entendió el Consejo de Estado que “nada hay que oponer, en principio, a la atribución por ley de potestad normativa al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, posibilidad que ya ha mantenido en anteriores ocasiones este Consejo (en particular, en el dictamen de 10 de diciembre de 1990, expediente nº 55.297) y la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997 (...). A lo anterior añade la sentencia citada que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas debe respetar, en el ejercicio de esa potestad normativa, ‘los límites propios de todo reglamento, y en especial el de jerarquía’, si bien en el caso concreto que examina ‘dado el carácter eminentemente técnico de la materia sobre la que versa la disposición, debe reconocérsele un cierto margen de apreciación que permita positivizar los criterios imperantes en el sector de la contabilidad’”. Justamente en lo que hace a estos límites, se añadió que de este precepto “no se desprende tan claramente, sin embargo, cuál es el ámbito material concreto en el que el citado Instituto puede ejercer su potestad normativa, ámbito que debería definirse de modo más concreto o, cuando menos, completarse el precepto con una delimitación negativa de dicho ámbito, de modo que no pueda darse una intromisión en las competencias normativas del Gobierno”

(dictamen del Consejo de Estado nº 405/2006, de 20 de abril, sobre el anteproyecto de la que sería Ley 16/2007).

### **B. El Plan General de Contabilidad y sus normas complementarias**

§ Como se ha visto, la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, que aprobó el Plan General de Contabilidad, estableció que "el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas podrá aprobar, mediante Resolución, normas de obligado cumplimiento que desarrollen el Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales en relación con las normas de valoración y las normas de elaboración de las cuentas anuales".

Sobre el proyecto de este Real Decreto se pronunció el dictamen del Consejo de Estado nº 55.297/1990, de 10 de diciembre. Merece la pena recordar ante todo algunas consideraciones sobre el origen del plan general contable y su carácter obligatorio:

"El Plan Contable se ha dicho es la 'codificación autoritaria de la teneduría de una contabilidad'. La planificación contable en España comienza a formularse a través de diversos proyectos particulares, hasta culminar en el primer Plan General de Contabilidad, aprobado por Decreto 530/1973, de 22 de febrero, regido por el principio de voluntariedad (o de aplicación voluntaria), si bien abierta a la disponibilidad del Gobierno una aplicación obligatoria y gradual, según un repertorio de opciones, que no parece ahora indispensable reseñar, para establecer el cuadro actual de la operatividad y grado de vinculación en el tiempo inmediato a la orientación que el Derecho Comunitario Europeo ha establecido.

(...) Se ha ido imponiendo la gradual aplicación necesaria, en la que representa un hito de conveniente cita el Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero (artículo 41) que autorizó al Gobierno "para implantar de forma progresiva y con carácter obligatorio el Plan General Contable". Se generaliza hoy el principio de obligatoriedad, lo que, obviamente, es compatible con reglas o criterios de opcionalidad, flexibilidad y disponibilidad en el marco, en definitiva, de la concurrencia de intereses generales y ámbitos de autonomía privada, que justifican tales tratamientos normativos".

Tras recordar su naturaleza de disposición de carácter general y las exigencias derivadas de las directivas comunitarias, se resaltaba la importancia de la Ley 19/1988, de auditoría de cuentas y se hacía una reflexión sobre la disposición final quinta del real decreto aprobatorio -de la que luego se sirvió, en los términos vistos, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997:

"La Ley 19/1988 contiene en el artículo 2.2 b) una regla sobre "principios y normas contables que establezca el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas" y el proyectado Reglamento (...), en la Adicional Quinta, definía lo que debía entenderse por *principios y normas de contabilidad generalmente aceptados*, remitiendo, en su lugar, a las normas de desarrollo que establezca, en su caso, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Análoga norma se contiene en el Plan General de Contabilidad.

*Ambas reglas, sustancialmente coincidentes, encuentran su referencia legal en el artículo 2º. 2 b) de la Ley 19/1988 y a ellas corresponde la Cuarta Directiva (artículo 38) cuando establece que la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales deberá realizarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados.*

Pudiera parecer que la regla considerada (21ª, de la Cuarta Parte del Plan) restringe el ámbito del concepto de "principios de contabilidad generalmente aceptados". No es ésto así, si se entiende que *la competencia atribuida al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas es, propiamente, una actuación homologadora de los que, en la praxis contable, han sido aceptados con un grado de generalidad que justifique su inclusión en el concepto genérico utilizado en el artículo 38.1 del Código de Comercio.*

Deben adecuarse, dándoles uniformidad, la proyectada regla del Reglamento de Auditorías y el Plan General de Contabilidad".

§ Algunas de las normas complementarias de este Plan General de Contabilidad fueron las propias de adaptaciones sectoriales, como la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1993 de adaptación de aquél a las empresas constructoras, o el Real Decreto 437/1998, de 20 de marzo, de adaptación a las empresas del sector eléctrico. En cuanto a la primera, se precisó que "las contabilidades sectoriales, previstas desde la inicial concepción del Plan General, guardarán con respecto a éste una diferente relación a la de las cuentas consolidadas. Las cuentas sectoriales, en efecto, circunscriben y limitan el Plan General excepcionando la aplicación de aquellas de sus normas en que así lo requieran las singularidades de determinados sectores, cuya total sujeción a las normas generales distorsionaría la expresión del fiel reflejo de la realidad que la contabilidad ha de ofrecer respecto a la estructura y actividad de las empresas encuadradas en ellos"; y se precisó que la habilitación ministerial –contenida en la disposición final primera del Real Decreto 1643/1990– se extendía "a concretar aquellos sectores de actividades económicas respecto de los cuales se considera necesario efectuar una adaptación del Plan General. Nada se dice sobre el criterio que ha

de servir de norma para efectuar dicha concreción. Pero no parece que pueda ser otro que el asegurar la imagen fiel de los mismos, cuando ésta debe prevalecer sobre las normas del Plan. De otro lado, la adaptación ha de centrarse en la estructura, nomenclatura y terminología de las cuentas anuales” (sobre ambos extremos, dictamen del Consejo de Estado nº 382/1992, citado).

§ Por lo que se refiere al vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, es de desatacar que las tres primeras disposiciones finales del citado real decreto se dirigen a regular, respectivamente, la habilitación para la aprobación de adaptaciones sectoriales, la habilitación para la aprobación de adaptaciones por razón del sujeto y la habilitación para aprobar normas de desarrollo del Plan General de Contabilidad.

Establece, a este último respecto, la disposición final tercera que “el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas podrá aprobar, mediante resolución, normas de obligado cumplimiento que desarrollen el Plan General de Contabilidad y sus normas complementarias, en particular, en relación con las normas de registro y valoración y las normas de elaboración de las cuentas anuales. Estas normas deberán ajustarse al procedimiento de elaboración regulado en el artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno”. En definitiva, reitera lo previsto por la disposición final primera, apartado 3, de la Ley 16/2007, según antes se vio.

En lo tocante a esta autorización, constató el Consejo de Estado (dictamen 1.950/2007, de 8 de noviembre) lo siguiente:

“Es bien conocida la evolución de la atribución de potestad normativa al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en materia de desarrollo del Plan General de Contabilidad. Esta posibilidad, que se apuntó ya por el Consejo de Estado si bien en términos limitados (Dictamen de 10 de diciembre de 1990, expediente nº 55.297), ha sido después confirmada por la jurisprudencia. En primer término, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997, que señaló lo siguiente: “Aunque los centros de producción normativa, entre los que cabe incluir al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, no pueden autónomamente dictar este tipo de reglamentos (reglamentos no organizativos), sí que es posible una habilitación conferida por el legislador para que, dada la especialidad eminentemente técnica de una materia o su versatilidad en el tiempo, que haría difícilmente oportuna, por tardía, la regulación mediante ley, puedan los mismos promulgar disposiciones fuera de su margen organizativo”.

Tras encontrar un soporte legal en este sentido en el artículo 2.2.b) de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas, añadió la citada sentencia que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas debe respetar, en el ejercicio de esa potestad normativa, “los límites propios de todo reglamento, y en especial el de jerarquía”, si bien en el caso concreto que examina “dado el carácter eminentemente técnico de la materia sobre la que versa la disposición, debe reconocérsele un cierto margen de apreciación que permita positivizar los criterios imperantes en el sector de la contabilidad”. Jurisprudencia que ha sido después reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2003.

A la vista de ello, el ya citado Dictamen del Consejo de Estado 405/2006 (sobre el anteproyecto de la que sería Ley 16/2007) no objetó la posibilidad establecida en la disposición final primera, apartado 3, de dicha ley, que contenía una habilitación normativa en favor del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Sí que observó, sin embargo, respecto al ámbito material concreto en el que el citado Instituto puede ejercer su potestad normativa, que “debería definirse de modo más concreto o, cuando menos, completarse el precepto con una delimitación negativa de dicho ámbito, de modo que no pueda darse una intromisión en las competencias normativas del Gobierno”.

Asimismo, se estimó que sería idóneo aludir al desarrollo del Plan y de sus *normas complementarias* –como finalmente sucedió–, en lugar de hablar del desarrollo de aquél y de sus adaptaciones sectoriales. Se explicó que, “no por un prurito de ajuste estricto al texto legal, sino por la diferencia de sentido que pudiera encerrar, sería preferible mantener la expresión de la ley “normas complementarias”, ya que éstas comprenden las principales normas complementarias (Plan General de PYMES y Normas para la formulación de cuentas consolidadas, a aprobar ambas mediante real decreto) y también las adaptaciones sectoriales propiamente dichas. Y ello con independencia de que estas últimas se dicten mediante orden del Ministro, que deberá contener igualmente la necesaria habilitación”.

**§** En efecto, por último, han visto ya la luz, de modo paralelo al Plan General, algunas de sus normas complementarias.

- En primer lugar, el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas, aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

La autorización normativa es, en este caso, específica y se contiene en la disposición final primera, apartado 1.a), segundo

párrafo, de la Ley 16/2007, que dispone: "En particular, el Gobierno aprobará de forma simultánea al Plan General de Contabilidad y como norma complementaria de éste, el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas, que recogerá los contenidos del mismo relacionados con las operaciones realizadas, con carácter general, por estas empresas, y que podrá simplificar criterios de registro, valoración e información a incluir en la memoria, en los términos que reglamentariamente se determinen. Asimismo y atendiendo a la singularidad de las empresas de muy reducida dimensión, el desarrollo reglamentario introducirá otros criterios de registro y valoración simplificados; en particular, en el gasto por el Impuesto sobre Sociedades y en las operaciones de arrendamiento financiero y otras de naturaleza similar".

Por lo demás, "la aprobación de un Plan General de Contabilidad de PYMES se inscribe en una tendencia internacional y comunitaria dirigida a establecer ciertas normas de simplificación empresarial. En este sentido, la Introducción del Plan destaca los intentos encaminados a ello en el seno del Comité Internacional de Normas de Contabilidad (*International Accounting Standards Board* [IASB]), con el proyecto de norma internacional sobre pequeñas y medianas entidades -en fase de invitación a comentario público—. Igualmente, en el ámbito de la Unión Europea se ha aprobado una Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, y últimamente la Comunicación de la Comisión relativa a la simplificación del entorno empresarial en los ámbitos del Derecho de sociedades, la contabilidad y la auditoría, COM (2007) 394 final, de 10 de julio de 2007".

A pesar de lo cual, y al igual que sucede con el Plan General de Contabilidad, "la normativa contable dirigida a pequeñas y medianas empresas adopta la forma de una norma jurídica interna, de rango reglamentario, y que cumple con la función de homogeneizar el tratamiento contable a seguir por dichas empresas. Se encuadra además esta norma en el marco normativo del Código de Comercio y, en general, de la legislación mercantil y fiscal española, que desarrolla y a la que debe ajustarse. En este sentido, finalmente, el Plan General de Contabilidad de PYMES se ha pensado como una norma de carácter completo, que va más allá de la mera posibilidad de contabilidad abreviada y simplificada -derogada esta última por



Ley 16/2007- y que resulta de aplicación a todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, y a las entidades no mercantiles” (cf. dictamen del Consejo de Estado 2.050/2007, de 8 de noviembre).

- Como adaptación sectorial propiamente dicha, se ha aprobado el Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio, por el que se aprueba el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras.

### **C. Las resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas**

§ En el último escalón de la cadena normativa se encuentran las resoluciones del ICAC. Según la disposición adicional segunda de la Ley de auditoría de cuentas, “el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía, regirá su actuación por las Leyes y disposiciones generales que le sean de aplicación y, especialmente, por lo que para dicho tipo de organismos públicos dispone la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y por esta Ley”.

Tiene como función “el control de la actividad de auditoría de cuentas que será realizado de oficio cuando el superior interés público lo exija a través de revisiones o verificaciones de alguno de los trabajos de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la potestad disciplinaria de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría de cuentas” (artículo 22.1 de la misma ley). Y además otras competencias que legalmente se le encomiendan, como la elaboración de normas técnicas de auditoría (artículo 5); la custodia y gestión del Registro Oficial de Auditores de Cuentas, el establecimiento de normas para la aprobación del contenido de programas para los exámenes de acceso a dicho registro, así como autorización para la inscripción en el mismo (artículo 7); el control, vigilancia y custodia de las fianzas a constituir por los auditores de cuentas (artículo 12) y el ejercicio de la potestad sancionadora relativa a las infracciones y sanciones en esta materia (artículos 15 a 21, todos de la Ley de auditoría de cuentas).

Por su parte, el Real Decreto 302/1989, de 17 de marzo, por el que se aprueba el estatuto y la estructura orgánica del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, establece como funciones del

Instituto, entre otras: “el establecimiento de los criterios de desarrollo de aquellos puntos del Plan General de Contabilidad y de las adaptaciones sectoriales del mismo que se estimen convenientes para la correcta aplicación de dichas normas que se publicarán en el Boletín del Instituto” y “la homologación y publicación, en su caso, de las normas técnicas de auditoría” [artículo 2, apartados b) y f), respectivamente]. Al Presidente corresponde la aprobación de las resoluciones, si bien no se expresa esta competencia de forma específica. Y deberán ser sometidos por éste al Comité Consultivo los asuntos relacionados con “los criterios de desarrollo de aquellos puntos del Plan General de Contabilidad y de las adaptaciones sectoriales del mismo que se estimen convenientes para la correcta aplicación de dichas normas” [artículo 3.c)]. Finalmente, “a la Subdirección General de Normalización y Técnica Contable le compete realizar los trabajos necesarios referidos a la elaboración y propuesta del Plan General de Contabilidad adaptado a las Directivas de la Comunidad Económica Europea” y su adaptación “a los distintos sectores de la actividad económica” (artículo 6.3).

§ Como resultado de las muy diversas autorizaciones que se conceden al Instituto, de un lado, en el ámbito contable –donde, como se ha visto, la Ley de auditoría de cuentas, en primer término, y hoy la Ley 16/2007 le reconocen una auténtica potestad normativa *ad extra*- y, de otro, en el campo de las normas técnicas de auditoría –en el que se puede hablar, a lo sumo, de una función de aprobación de normas técnicas dotadas de cierta publicidad-, se han aprobado por su Presidente las resoluciones que se pasan a analizar.

#### *1. Resoluciones en materia contable*

Se han dictado quince desde la creación del ICAC<sup>374</sup>. Se refieren a los siguientes asuntos, respecto de los que luego se abordarán con detalle los extremos relativos a la habilitación:

---

<sup>374</sup> No se incluyen en esta cifra las derogadas o las simplemente modificativas de otras anteriores (que se concentran por lo demás, como se verá, en una sola materia: la norma de valoración 16 del Plan General de Contabilidad, relativa al registro contable del gasto por Impuesto sobre Sociedades).

Tampoco se hace mención de las resoluciones del ICAC de carácter organizativo, aun cuando hayan sido dictadas en el ámbito específicamente contable. Así, las de fechas 24 y 25 de mayo de 2001 y 27 de septiembre y 21 de diciembre del mismo año, todas las cuales tuvieron por objeto la creación de diversas comisiones de expertos, subcomisiones o asesores de aquéllas para la elaboración de “un informe sobre la situación actual de la contabilidad española y líneas básicas para, en su caso, abordar la reforma”.

Por la misma razón se omiten las resoluciones del ICAC de 27 de noviembre de 2002 y 12 de julio de 2005, por las que se crearon sendos grupos de trabajo para elaborar documentos que sirviesen de

- Resolución de 16 de mayo de 1991, por la que se fijan criterios generales para determinar el importe neto de la cifra de negocios.

- Resolución de 30 de julio de 1991, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material.

- Resolución de 25 de septiembre de 1991, por la que se fijan criterios para la contabilización de los impuestos anticipados en relación con la provisión para pensiones y obligaciones similares.

- Resolución de 21 de enero de 1992, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial.

- Resolución de 27 de julio de 1992, por la que se dictan normas de valoración de participaciones en el capital derivadas de aportaciones no dinerarias en la constitución o ampliación del capital de sociedades.

- Resolución de 27 de julio de 1992, sobre criterios de contabilización de las participaciones en los fondos de inversión en activos del mercado monetario.

- Resolución de 16 de diciembre de 1992, por la que se desarrollan algunos criterios a aplicar para la valoración y el registro contable del Impuesto General Indirecto Canario.

- Resolución de 20 de diciembre de 1996, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil.

- Resolución de 20 de enero de 1997, por la que se desarrolla el tratamiento contable de los regímenes especiales establecidos en el impuesto sobre el valor añadido y en el impuesto general indirecto canario.

- Resolución de 9 de octubre de 1997, sobre algunos aspectos de la norma de valoración decimosexta del plan general de contabilidad (derogó la Resolución de 30 de abril de 1992 anterior; y ha sido después modificada por la Resolución de 15 de marzo de 2002).

---

base a una eventual reforma de la legislación mercantil en materia contable y a la reforma del Plan General de Contabilidad, respectivamente.

- Resolución de 20 de julio de 1998, sobre la información a incorporar en las cuentas anuales relativa al «efecto 2000».

- Resolución de 9 de mayo de 2000, por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción.

- Resolución de 25 de marzo de 2002, por la que se aprueban normas para el reconocimiento, valoración e información de los aspectos medioambientales en las cuentas anuales.

- Resolución de 8 de febrero de 2006, por la que se aprueban normas para el registro, valoración e información de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

- Últimamente se ha aprobado, en desarrollo de lo específicamente previsto por la disposición adicional tercera de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la Resolución de 29 de diciembre de 2010, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con los aplazamientos de pago a proveedores en operaciones comerciales. De esta norma merecen destacarse varios aspectos:

- Ante todo, en un plano puramente formal, esta resolución del ICAC se dicta ajustándose a las previsiones del artículo 24 de la Ley del Gobierno (tras la entrada en vigor de la Ley 16/2007 que así lo disponía), según la ordenación procedimental prevista por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, que ordena incluir las memorias, estudios e informes a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Gobierno [apartados 1.a) y 1.b), párrafo segundo] en un único documento denominado Memoria del análisis del impacto normativo, redactado por el órgano proponente con la estructura y contenido que se detallan en el citado real decreto. Fue sometido, como tal –al constituir un desarrollo de lo previsto en la mencionada Ley 3/2004– al preceptivo dictamen del Consejo de Estado ex artículo 22.3 de su Ley Orgánica (dictamen 2.609/2010, de 21 de diciembre).

- En cuanto a la regulación de fondo, se trata del desarrollo del citado precepto legal con un importante alcance práctico, pues la citada Ley 3/2004 –en su redacción por Ley 15/2010– no sólo modifica sustantivamente y fija temporalmente nuevas reglas de

lucha contra la morosidad en el pago a proveedores comerciales (artículos 1 y 2; disposiciones transitorias segunda y tercera), sino que también altera las reglas sobre pago a los proveedores y subcontratistas por parte de las Administraciones públicas contratantes (añadiendo modificaciones sustantivas al calendario de pagos de dichas Administraciones en los términos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público).

De ahí que la preocupación principal la norma del ICAC fuese la de ajustarse exactamente al ámbito, objetivos y alcance de la Ley 15/2010. En este sentido, el citado dictamen 2.609/2010 valoró positivamente el esfuerzo de la norma por ceñir su competencia a lo estrictamente contable, sin entrar en calificaciones sustantivas (vg. la cuestión del cómputo de los plazos de pago a los proveedores comercial desde la recepción de las mercancías o prestación de los servicios o, si fuera anterior, desde la recepción de la factura o la solicitud de aquéllos) ni decidir acerca de consideraciones de fondo (p. ej. la relativa a si la Ley 15/2010 exige de los auditores una decisión sobre la existencia o no de un incumplimiento de principios y criterios contables contenidos en el marco normativo de la información financiera).

En cambio, entra a regular decididamente aquellos problemas de delimitación del deber de información contable, precisando que el dato desencadenante de dicha obligación según la Ley 15/2010 es el de que se trate de “empresas” –personas físicas y jurídicas, por tanto- y no únicamente de sociedades –forma de personificación jurídica a la que el primer párrafo de la disposición adicional tercera de la Ley 5/2001 impone el deber de publicación expresa de sus cuentas anuales (cf. en esta línea lo dispuesto por su norma primera, apartado 2).

## *2. Alusión al sistema de normas técnicas de auditoría*

Las normas técnicas de auditoría determinan, junto a las prescripciones de la Ley de auditoría de cuentas, el régimen al que quedan sujetos los informes de auditoría de cuentas (artículo 5.1 de la Ley de auditoría de cuentas).

Conforme al artículo 5.2 de dicha ley, las normas técnicas de auditoría de cuentas se elaborarán “por las corporaciones de derecho público representativas de quienes realicen la actividad de auditoría

de cuentas, previa información pública durante el plazo de seis meses y serán válidas a partir de su *publicación por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas*". Y añade el segundo párrafo que "en el caso en que las corporaciones de derecho público representativas a que se refiere el párrafo anterior, previo requerimiento del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, no elaborasen, adaptasen o revisasen alguna de las normas técnicas de auditoría, en la forma establecida anteriormente, éste procederá a la *elaboración, adaptación o revisión* de las mismas, *informando de ello a las citadas corporaciones de derecho público representativas y cumpliendo también el requisito de información pública durante el plazo de seis meses*".

Este singular sistema normativo, cuyo producto debe estar de acuerdo "con los principios generales y práctica comúnmente admitida en los países de la Comunidad Económica Europea" (inciso del primer párrafo del artículo antes citado), comporta pues que el ICAC deba, bien publicar las normas emanadas de corporaciones representativas, bien elaborarlas por sí mismo dándoles también la suficiente publicidad.

En todo caso, las garantías de tramitación de estas normas técnicas obedecen a su sentido último, el de regir los informes de auditoría y no les resultan de aplicación las normas ni los principios de la elaboración de normas reglamentarias en sentido propio. Trámite esencial es el de información pública, ya sea a efectos de su elaboración por las corporaciones representativas (Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, el Consejo General de Colegios de Economistas de España y el Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles de España) ya para su adaptación o revisión por el ICAC, al que compete en todo caso su publicación definitiva. Tanto el trámite de información pública, como el de la publicación final de la norma, se llevan a cabo en el Boletín Oficial del Instituto (BOICAC) y mediante reseña en la Sección III –otras disposiciones— del Boletín Oficial del Estado (BOE)<sup>375</sup>.

---

<sup>375</sup> Cf. la primera Resolución de 19 de enero de 1991, del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publicaron las Normas Técnicas de Auditoría elaboradas hasta tal fecha (BOE de 22 de abril de 1991). Y todas las posteriores normas técnicas de auditoría reseñadas en la mencionada sección del Boletín Oficial del Estado, vg. la más reciente Resolución de 21 de diciembre de 2010, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la modificación de la sección 3 de las Normas Técnicas de Auditoría, publicadas por Resolución de 19 de enero de 1991, relativa a las Normas Técnicas sobre Informes (BOE de 11 de febrero de 2011).

### **III. La potestad normativa del ICAC en el ámbito contable: habilitación, aspectos sustantivos y ámbito**

§ En lo tocante a la autorización normativa, cabe detectar un doble momento en las resoluciones contables dictadas por el ICAC. En una primera fase, en la parte expositiva de las resoluciones se hacía mención únicamente de la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990, como norma que contenía la habilitación al efecto. Así, hasta la Resolución de 16 de diciembre de 1992, por la que se desarrollan algunos criterios a aplicar para la valoración y el registro contable del Impuesto General Indirecto Canario.

Con posterioridad, tras el lapso de tiempo en que se suspendió el dictado de resoluciones en atención a lo resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero de 1994, y coincidiendo con el cambio de presidencia en el organismo público<sup>376</sup>, las resoluciones que siguieron a la de 20 de diciembre de 1996 han hecho siempre referencia, para justificar su aprobación, a la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990 y, junto a ella, al artículo 2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas. Se podría decir, pues, que preconizaban una línea que sería seguida más tarde por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por lo demás, esta última resolución, la de 20 de diciembre de 1996, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil, ofreció una amplia explicación de la postura según la cual debía seguir produciéndose la aprobación de resoluciones en materia contable por el ICAC (aun antes de que fuese confirmada su validez normativa por el Tribunal Supremo). Su parte expositiva razonaba en este sentido lo siguiente:

"(...) Por último, es necesario referirse a la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, norma en la que se establece que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas podrá dictar normas de obligado cumplimiento que desarrollen en Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales, en relación con las normas de valoración y de

---

<sup>376</sup> Cf. VICENT CHULIÁ, F., "Reconocimiento al ICAC de potestad reglamentaria en materia contable", *cit.*, p. 726.

elaboración de las cuentas anuales. En la actualidad, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante sentencia de fecha 19 de enero de 1994, ha declarado la nulidad de la Resolución de este Instituto, de fecha 21 de enero de 1992, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial, lo que podría presuponer la invalidez del resto de Resoluciones dictadas al amparo de la disposición citada inicialmente. Dicha sentencia no es firme por haber sido recurrida ante el Tribunal Supremo.

*Teniendo en cuenta lo anterior, dado que existen determinados aspectos contables sobre los que es necesario aclarar su contenido con objeto de evitar distintas interpretaciones por parte de los usuarios de la información económica, y en la medida en que el artículo 2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, establece que el Auditor de cuentas deberá expresar su opinión, entre otros extremos, sobre si las cuentas anuales se han preparado conforme a los «principios y normas contables que establezca el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas», se plantea la problemática indicada anteriormente de tratar de aclarar dudas sobre el tratamiento contable de determinadas operaciones sobre las que es necesario establecer criterio.*

Por ello, atendiendo a la problemática indicada y por razones de oportunidad, este Instituto, *con objeto de establecer los criterios a aplicar para determinar el contenido contable de las magnitudes a que se refiere la legislación mercantil en los supuestos de reducción de capital y disolución, sin perjuicio de lo que finalmente puedan fallar los Tribunales de Justicia,* dicta la presente Resolución de acuerdo con la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, así como con el artículo 2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas”<sup>377</sup>.

Tras la regla contenida en la disposición final primera, apartado 3, de la Ley 16/2007, tan sólo se ha dictado –como ya se ha visto- la Resolución del ICAC de 29 de diciembre de 2010, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con los aplazamientos de pago a proveedores en operaciones comerciales, la cual desarrolla en sentido amplio, aunque limitándose a los aspectos propiamente contables, lo previsto por la disposición adicional tercera de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

---

<sup>377</sup> Se trataba, en definitiva, de entender que las resoluciones en materia contable, “si no tenían el carácter de normas reglamentarias serían al menos útiles como expresión doctrinal de una autoridad indiscutible como el ICAC, en cuyo Consejo existe una representación de los auditores y de los expertos contables españoles” (*ibidem*, p. 726).



**§** Los aspectos sustantivos de las resoluciones contables del ICAC merecen, aparte de lo relativo a su delimitación con otras normas emanadas de organismos supervisores, algún comentario.

En algunas de estas resoluciones se habla de "delimitar ciertos conceptos" del Plan General de Contabilidad o de "complementar" las reglas de valoración contenidas en éste (así, las dos primeras resoluciones de fechas 16 de mayo y 30 de julio de 1991, respectivamente). Después se ha hecho más frecuente hablar de forma abierta de los "desarrollos normativos" de las normas de valoración del Plan (resoluciones de 21 de enero y 27 de julio de 1992) e incluso de las precisiones que, en sentido amplio, se introducen en el entendimiento contable de ciertos conceptos mercantiles. Buen ejemplo de esto último es, justamente, la Resolución de 20 de diciembre de 1996 antes citada, que aclaró el concepto de "patrimonio contable" a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil: "el concepto contable de «fondos propios» contenido en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas – explica su parte introductoria— es uno de los que forman parte del patrimonio contable; su contenido ha sido precisado por el Plan General de Contabilidad, incluyendo con signo positivo: (...) y con signo negativo: (...) Sin embargo, el concepto de «patrimonio contable» requiere algunas precisiones adicionales, puesto que, además de los fondos propios, existen otras partidas del balance que pueden afectar a la cuantificación del mismo. En este sentido, se pueden destacar las siguientes precisiones relativas a determinadas partidas del balance (...)".

De otra parte, algunas resoluciones desarrollan expresamente los criterios de adaptación sectorial contenidos en normas reglamentarias con rango de orden ministerial. Es el caso de la Resolución de 9 de mayo de 2000, por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción, que tiene por objeto "desarrollar y complementar" las normas de valoración de la Quinta Parte del Plan General de Contabilidad "y los criterios asumidos en las diferentes adaptaciones sectoriales" de aquél: concretamente, en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas constructoras, aprobada por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 27 de enero de 1993 y en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas

inmobiliarias, aprobadas mediante Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 1994.

Finalmente, la última resolución dictada en materia contable tiene un contenido amplio, propio de la disposición reglamentaria que culmina un desarrollo sectorial. Se trata de la Resolución de 8 de febrero de 2006, por la que se aprueban normas para el registro, valoración e información de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Se hace referencia en ella al panorama normativo internacional y comunitario sobre la materia –lo que se analizará en el siguiente apartado de este capítulo– y también al Plan Nacional de asignación aprobado por Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre y a la Resolución que recoge la asignación individual de derechos de emisión de cada una de las instalaciones incluidas en la Ley 1/2005. A la vista de la laguna existente en esta materia en las normas internacionales de contabilidad, se dice, es necesario precisar los criterios de registro contable de los derechos de emisión recibidos a través de los Planes Nacionales de asignación y, en su caso, el momento en que debe entenderse que se incorporan al patrimonio de la empresa.

§ Las resoluciones contables del ICAC plantean, finalmente, una cuestión de ámbito. Se ha de hacer su delimitación frente a las normas que en esta materia se dictan por otros organismos supervisores y, de otro lado, debe estudiarse la virtualidad que puedan tener en la determinación de ciertos conceptos a efectos fiscales.

Por lo que se refiere a su relación con las normas de otros organismos supervisores (circulares contables del Banco de España y de la CNMV), las interdependencias son mutuas, aunque puede decirse que predomina el criterio del “regulador sectorial”, de forma que el aspecto contable queda como simplemente adjetivo. En otras palabras, allí donde existe legislación específica para ciertos sujetos (ya se trate de entidades de crédito ya de instituciones de inversión colectiva, empresas de servicios de inversión o fondos de titulización<sup>378</sup>) el desarrollo o adaptación de los criterios contables

---

<sup>378</sup> Cf., respectivamente, la Circular del Banco de España 4/2004, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros (modificada por la Circular 6/2008, de 26 de noviembre); y las Circulares de la CNMV 3/2008, de 11 de septiembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las instituciones de inversión colectiva; 7/2008, de 26 de noviembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información

generales se lleva a cabo por el organismo encargado de la supervisión de tales sujetos; se habla, así, de “regulador contable” de las entidades en cuestión. Por lo demás, se observa una cierta preeminencia de los criterios empleados por el supervisor más autorizado o que ha procedido a incorporar antes en el tiempo las normas internacionales de contabilidad<sup>379</sup>.

En cuanto a la determinación de sus efectos fiscales, la relación entre contabilidad y fiscalidad desborda con mucho los límites de este trabajo<sup>380</sup>. La cuestión se plantea en nuestro Derecho, principalmente, en el Impuesto sobre Sociedades. Su ley reguladora (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) establece en su artículo 10.3 que “en el método de

---

reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo; y 2/2009, de 25 de marzo, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Titulización.

<sup>379</sup> La preeminencia es incluso observable entre normas de un regulador sectorial (Banco de España) y los propios criterios introducidos en el Plan General de Contabilidad: “tiene el Plan el carácter de norma nacional y más precisamente de desarrollo reglamentario. Sobre la referencia del soporte legal correspondiente, las reglas del Plan concretan algunos aspectos indeterminados o abiertos de ciertas normas internacionales. Ejemplo de ello podría ser la regla sobre cálculo del deterioro de valor de activos mantenidos para la venta (norma de registro y valoración 9ª, apartado 2.6.3), que concreta el ‘descenso prolongado o significativo’ de valor razonable de los instrumentos de patrimonio (NIC 39 *Instrumentos financieros: reconocimiento y valoración*) en la presunción de que éstos se deterioran ‘ante una caída de un año y medio y de un cuarenta por ciento en su cotización’, en línea con el criterio mantenido en la regulación de las entidades de crédito (Circular del Banco de España 4/2004)” [dictamen del Consejo de Estado nº 1.950/2007, de 20 de noviembre, sobre el proyecto de Real Decreto aprobatorio del Plan General de Contabilidad de 2007, subrayado nuestro].

<sup>380</sup> Cf. los diversos trabajos de J. J. FERREIRO LAPATZA publicados en *Quincena Fiscal Aranzadi*, desde el primero acerca de algunas “Notas sobre la Ley 43/1995, de 27 diciembre, del Impuesto sobre Sociedades” (nº 5, 1996) a los publicados más recientemente con los títulos “Complicación y simplificación: contabilidad y fiscalidad”, “Simplificación: base imponible y renta empresarial” y “Resultado contable y base imponible. Deslegalización, autodeterminación y delito fiscal” (números 15/16 de 2006, 21 de 2006 y 8 de 2007 de la mencionada revista, respectivamente).

Tempranamente, cuando aún era reciente la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997, FALCÓN Y TELLA cuestionó incluso que las resoluciones del ICAC pudieran ser fuentes formales a los efectos tributarios de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Vinculan tales resoluciones, se decía, al informe del auditor, pero no puede pretenderse su validez a efectos tributarios con carácter general: “el citado pronunciamiento del Tribunal Supremo (...) no supone en modo alguno la admisión, sin más, de las resoluciones del ICAC como normas con incidencia directa en la base imponible del impuesto. Esto último resulta, en mi opinión, evidente, pues admitir que la determinación del resultado contable pueda regularse, también a efectos fiscales, por el ICAC, supondría una flagrante vulneración de la reserva de Ley, que nos llevaría inexorablemente a la inconstitucionalidad del art. 10.3 LIS (...) Las resoluciones del ICAC, al igual que las contestaciones a consultas por este organismo, únicamente vinculan al auditor en el momento de elaborar su informe, pero no vinculan al contribuyente ni a la Inspección en la determinación de la base imponible del impuesto, que ha de basarse ante todo en normas legales y en los principios que se deducen del propio sistema tributario” (FALCÓN Y TELLA, R., “El valor normativo de las resoluciones del ICAC y su alcance en materia tributaria: el tratamiento fiscal del leasing”, *Quincena Fiscal Aranzadi* nº 22, 1997, p. 1). Después esta postura ha sido matizada por FERREIRO, autor al que seguía el trabajo últimamente citado, en los términos que se verán.

estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, *el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas*".

Lo cual suscita, en general, todo el problema sobre el diverso carácter, o contextura, de las normas fiscales y de las normas contables. Aquéllas están rígidamente sujetas a la reserva de ley en lo que hace a la determinación de los elementos esenciales del tributo, por exigencias del artículo 31.1 de la Constitución y del artículo 8 de la Ley General Tributaria. Las normas contables, en cambio, son esencialmente flexibles, se basan en el principio de prudencia valorativa y se orientan a dar una imagen fiel del patrimonio de la empresa (no a procurar la formación de uno de los elementos esenciales del tributo). No se trata de propugnar la estricta separación de unas y otras, cuyos resultados por lo demás han sido puestos en entredicho<sup>381</sup>, sino de procurar la coordinación y fijación de límites que recuerden esta peculiaridad.

Más en concreto, se han de evitar la deslegalización y el reenvío o remisión en blanco de las normas fiscales a las contables: "el principio de legalidad presenta exigencias mucho más rígidas en el ámbito fiscal que en el ámbito mercantil, por lo que -cuando la base imponible se identifica con el resultado contable- la remisión en bloque no sólo a legislación mercantil, sino también a las normas reglamentarias que la desarrollan determina, de hecho, la deslegalización de las normas que regulan la base en un grado, más que inconveniente, incompatible con la Constitución. Pues el grado de deslegalización se acentúa si tenemos en cuenta las variadas remisiones que leyes y reglamentos estatales hacen a otras fuentes (resoluciones, informes, respuestas a consultas, etc.) situadas en

---

<sup>381</sup> "Ciertamente que la separación entre contabilidad y fiscalidad, entre las exigencias contables y las normas fiscales no garantiza, por sí misma, la certeza y la simplificación. El ejemplo paradigmático de ello podemos encontrarlo -según ha señalado con toda claridad ROZAS VALDÉS (memoria ILADT 2006)- en los EE UU de Norteamérica" (FERREIRO LAPATZA, J. J., "Complicación y simplificación: contabilidad y fiscalidad", *Quincena Fiscal Aranzadi* nº 15/16, 2006, pp. 7-8).

diferentes órganos u organismos o, identificadas, simplemente, con la costumbre (los «usos contables»)"<sup>382</sup>.

Sobre la relación ley-reglamento en la materia, FERREIRO LAPATZA ha aportado criterios que merecen ser recordados: "como es sabido – o debiera saberse- la reserva de ley a través de la cual se materializa de forma efectiva el principio de legalidad prohíbe incluso a la misma ley la deslegalización en bloque, por remisión al reglamento de la materia a ella reservada"<sup>383</sup>. *No se trata de que la remisión tenga base legal, sino de la legalidad de la remisión en sí misma considerada*: "es necesario que dicha base legal precise suficientemente el campo de acción y las opciones reglamentarias para que pueda decirse que es la ley y no el reglamento quien establece y regula la base imponible. Y que, a su vez el reglamento acote suficientemente las opciones del sujeto pasivo para que sean la ley y el reglamento y no el sujeto pasivo los que determinen la base imponible"<sup>384</sup>.

Como ejemplo en el citado trabajo, además de otros empleados para recordar la aún mayor exigencia de rango de ley cuando se trata de la tipicidad penal, aporta FERREIRO el de la sustitución del coste de coste de adquisición o del coste de producción por el valor razonable como norma o regla general de valoración en el Plan General de Contabilidad de 2007, norma que "amplía, sin duda, el campo de

---

<sup>382</sup> FERREIRO LAPATZA, "Resultado contable y base imponible. Deslegalización, autodeterminación y delito fiscal", *cit.*, p. 1. Dice este autor que "es precisamente el grado de indeterminación lo que diferencia o debe diferenciar -también- al lenguaje contable del lenguaje fiscal", pues "la posibilidad de aplicar directamente y frecuentemente los «principios contables generalmente aceptados» o «los buenos usos mercantiles» confieren a la normativa contable una «textura abierta» y, en el mismo grado, unas posibilidades de autodeterminación del resultado contable a nuestro juicio incompatibles con el principio de tipicidad fiscal" (*ibidem*, pp. 4 y 3).

De modo aún más claro, y desde la perspectiva de las fuentes en sentido primario, lo ha subrayado el mismo autor en otro trabajo: "Ciertamente, creo que puede y debe defenderse una decidida aproximación -en los casos de empresas que alcancen o superen cierto tamaño- entre el beneficio fiscal y el resultado contable, recogiendo en algún modo en la ley -a través de una norma fiscal clara- las normas contables generalmente seguidas. Pero el reenvío directo al resultado contable puede suponer -y, desde luego, lo supone en el ejemplo español que ahora estamos siguiendo- la determinación de la base por las normas -muy parcas y generales- contenidas en la legislación mercantil (Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, etc.); y por, y fundamentalmente, las normas reglamentarias (el Plan General de Contabilidad aprobado por Decreto del ejecutivo) e interpretativas emanadas del Ministerio de Hacienda y por las Resoluciones del ICAC. Supone dejar la base imponible en manos del ejecutivo, del Instituto contable y, dentro de la flexibilidad que el propio Plan General de Contabilidad pregona, en manos de los propios contribuyentes o de sus expertos contables" (FERREIRO LAPATZA, "Complicación y simplificación: contabilidad y fiscalidad", *cit.*, p. 6).

<sup>383</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 3.

acción válido de quien aplica la regla". "Y no es éste –añade– el único ejemplo de la «flexibilidad», o amplitud de opciones o comportamientos válidos que las normas contables ofrecen a quienes las aplican. Veamos otro ejemplo mucho más concreto y entre los muchos que podrían ponerse: la Resolución del ICAC de 8 de febrero de 2006 nos dice que cuando una empresa no tenga suficientes derechos de emisión de gases contaminantes al final de año para cubrir las emisiones realizadas durante el ejercicio, la provisión a contabilizar deberá recoger el coste previsible que se producirá para cubrir este déficit de derechos de acuerdo «con la mejor estimación posible»<sup>385</sup>.

#### **IV. Conexiones con el Derecho comunitario y el Derecho internacional**

Apenas necesita ser resaltada la importancia de las normas internacionales de contabilidad, incorporadas en su gran mayoría como normas de Derecho comunitario europeo, para la conformación del Derecho contable en su conjunto<sup>386</sup>.

El proceso de convergencia ha sido, como se sabe, múltiple. Ante todo, de las propias organizaciones internacionales contables de carácter privado, que han convenido en un acercamiento de los sistemas de contabilidad de raíz europea y anglosajona (dos son las organizaciones de referencia en este papel: principalmente, el Comité Internacional de Normas Contables [hoy IASB, *International Accounting Standards Board*] y el Comité Financiero de Normas Contables, órgano emisor de las normas contables norteamericanas [FASB, *Financial Accounting Standards Board*]).

De otro lado, se ha incorporado como parte importante del primer proceso la Unión Europea, a través de sus propios órganos creados al efecto, de carácter técnico (Comité Técnico Independiente,

---

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>386</sup> Un completo resumen de la “armonización contable” que ha tenido lugar en el plano internacional y en el Derecho comunitario puede encontrarse en la página *web* del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas: <http://www.icac.meh.es/Temp/20091016112513.PDF>. También puede consultarse, aunque el acercamiento se realice desde la perspectiva de la contabilidad pública, V. MONTESINOS JULVE, “Incidencia en el sector público de la reforma mercantil y el nuevo Plan General de Contabilidad”, *Revista Española de Control Externo*, n° 29 (mayo 2008), pp. 41-67; especialmente pto. 1, sobre la armonización contable como el motor de las reformas.

EFRAG: *European Financial Reporting Advisory Group*) o político (Comité de Reglamentación Contable, ARC: *Accounting Regulatory Committee*); y, lo que es más importante, lo ha hecho a través de instrumentos normativos propios: Reglamentos en los que se han recogido las normas internacionales y las interpretaciones de ellas admitidas por los Estados miembros<sup>387</sup>, que habrán de ajustarse a su vez a las normas previstas por las Directivas contables<sup>388</sup>.

Por lo que hace al Derecho español<sup>389</sup>, la adaptación de éste al marco comunitario e internacional sumariamente descrito tuvo lugar en los términos de los artículos 4 y 5 del Reglamento (CE) 1606/2002 y atravesó en el plano legal por dos fases<sup>390</sup>:

- Una primera, en la que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (disposición final undécima) estableció que, para los ejercicios que comenzasen a partir del 1 de enero de 2005, las sociedades obligadas a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados debían aplicar las normas internacionales de contabilidad aprobadas por los Reglamentos de la Comisión Europea siempre que a la fecha de cierre del ejercicio alguna de las sociedades del grupo hubiera emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier

---

<sup>387</sup> En este proceso tuvo singular importancia el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC, después NIIF, normas internacionales de información financiera, elaboradas por el Comité Internacional de Normas Contables), modificado por el Reglamento (CE) n° 297/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008.

Después se aprobó el Reglamento (CE) n° 1725/2003 de la Comisión de 29 de septiembre de 2003, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad; que –tras múltiples modificaciones– fue finalmente derogado por el Reglamento (CE) n° 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo. Este último ha sido ya, a su vez, objeto de veintinueve modificaciones, la última de las cuales ha tenido lugar mediante Reglamento (UE) n° 149/2011 de la Comisión, de 18 de febrero de 2011.

<sup>388</sup> Las llamadas Cuarta y Séptima Directivas en esta materia (números 78/660/CEE y 83/379/CEE) han sido ampliamente reformadas por la conocida como Directiva de modernización: Directiva 2003/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2003, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE y 91/674/CEE del Consejo sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades, bancos y otras entidades financieras y empresas de seguros.

<sup>389</sup> Todo el proceso descrito repercute también, obviamente, en la formación del Derecho interno: “La evolución en España del llamado Derecho Mercantil Contable está enmarcada en un doble proceso de aproximación del acervo comunitario a las normas internacionales de contabilidad, y de armonización del Derecho español a esas normas comunitarias” (dictamen del Consejo de Estado n° 405/2006, citado).

<sup>390</sup> Cf. dictamen del Consejo de Estado n° 1.950/2007, citado, especialmente apartado IV (“adaptación al nuevo marco normativo en materia contable”).

Estado miembro de la Unión Europea; permitiendo su aplicación voluntaria a las cuentas consolidadas de las sociedades sin cotización oficial.

- Una segunda, la instrumentada justamente en la Ley 16/2007, en la que se modificaron diversos preceptos del Código de Comercio, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para adaptar su redacción a los criterios incluidos en los reglamentos aprobados por la Comisión Europea por los que se adoptan las normas internacionales de información financiera. Adaptación a los criterios de dichos reglamentos que se entiende siempre con respeto a lo dispuesto en las directivas contables, en la medida en que los citados reglamentos en ningún caso podrían contradecir el contenido de éstas (como lo establece el artículo 3.2 del Reglamento [CE] 1606/2002).

Finalmente, el desarrollo de este armazón básico contable se ha llevado a cabo por el Real Decreto 1514/2007, que aprobó el nuevo Plan General de Contabilidad y, en los términos autorizados por la ley y por este real decreto, será aún desarrollado por las resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

En todo ello, se ha de hacer la fundamental advertencia relativa a los problemas de rango y sustantivos que puede generar la introducción por vía reglamentaria de normas emanadas de organismos técnicos internacionales (en la medida en que dichas normas no resulten de directa aplicación por encontrarse recogidas en Reglamentos comunitarios<sup>391</sup>). En otra dirección, cabe subrayar que las normas reglamentarias podrán introducir criterios de las normas internacionales, pero sin desvirtuar por ello los principios normativos propios del ordenamiento interno.

Como ejemplo de esto último –si bien referido a la primera norma reglamentaria de desarrollo, el propio Plan contable–, puede tomarse la regulación de la figura de las permutas de inmovilizado material y su valoración, tal y como fue proyectada, en un primer momento, en el vigente Plan General de Contabilidad. La regulación en cuestión obedecía enteramente a la introducción en este campo de las novedades y actualizaciones derivadas de la NIC 16 *Inmovilizado*

---

<sup>391</sup> En el caso de que existiesen sobre la materia reglamentos comunitarios, cabría entonces añadir que el problema planteado no será, tal vez, de validez o insuficiencia de rango; pero si podrá suscitarse otro igualmente grave de primacía aplicativa.



*material*, adoptada en el ámbito de la Unión Europea por el Reglamento (CE) nº 2238/2004 de la Comisión, de 29 de diciembre de 2004. La cual ha supuesto, en esencia, la sustitución de los criterios contables contenidos en la resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 30 de julio de 1991 por otros que operan sobre la distinción entre permutas comerciales y no comerciales, y la configuración de las primeras basada en la consideración relativa a “en qué medida se espera que cambien los flujos de efectivo futuros como consecuencia de dicha transacción” (punto 25, párrafo primero, de la citada NIC 16).

Pues bien, la norma de registro y valoración 2ª, apartado 1.3 del Plan, tal y como se proyectó originalmente, recogía dicha distinción, establecía los criterios según los cuales se consideraba una permuta como comercial y sentaba, por último, la siguiente presunción: “Se presumirá no comercial, salvo prueba en contrario, toda permuta de activos de la misma naturaleza y uso para la empresa”. Tal regla fue objetada por motivos fundamentalmente materiales durante la elaboración del Plan (se dijo que respondía a una concepción ya superada, la que diferencia entre permutas de activos similares y permutas de activos diferentes) y el Consejo de Estado la objetó, además, por una razón jurídico-formal: “el establecimiento de este criterio por vía de presunción supone la introducción de un elemento de inseguridad en esta norma contable de registro y valoración. Ante todo, porque el lugar apropiado para la formulación de presunciones es la ley” (dictamen nº 1.950/2007, citado). Se precisó, en fin, “que la referencia a activos de similar naturaleza y uso para calificar a la permuta como no comercial no se sigue en nuestro ordenamiento a otros efectos: así, en materia tributaria, se gravan las alteraciones patrimoniales consecuencia de este tipo de operaciones, sin tener en cuenta el elemento indicado. A efectos específicamente contables, no conoce esta precisión la contabilidad pública ni tampoco la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros”. En virtud de todo ello, no se recoge hoy la regla en la mencionada norma de registro y valoración del Plan.



## **CAPÍTULO VII**

### **LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA**

#### **I. El sentido de la autoridad reguladora en el sector energético**

El estudio de la entidad que se encarga de la regulación en el sector energético (electricidad y gas, por lo que ahora interesa) ha de partir necesariamente de un breve planteamiento sobre cuál es el título de intervención administrativa en este sector. A diferencia, en efecto, de lo que ocurre en el campo de la hoy llamada supervisión financiera –donde la reflexión sobre el título jurídico no ha sido tan intensa<sup>392</sup>–, el nacimiento mismo de las llamadas “autoridades reguladoras”, de sus medios de actuación y del reconocimiento de potestades normativas no se conciben sin atender a la evolución de las formas jurídicas que ha revestido la intervención en la actividad eléctrica y la actividad gasista.

Varios son los problemas previos que plantea este estudio. Uno es el del diferente origen de las técnicas en ambos campos: como se verá, la actividad eléctrica se concibe inicialmente como prestada por empresas particulares con sumisión a intereses públicos y, tras numerosas vicisitudes, se configura como servicio público para pasar por último a ser liberalizada en el marco –que actualmente puede considerarse predominante– de los servicios económicos de interés general. La intervención en el sector del gas arranca en su configuración de la más estricta concepción del servicio público (concretamente, de la que tiene su arraigo en los servicios prestados por las entidades locales) y recorre un camino semejante de liberalización, si bien jalonado por especificidades propias. Otro problema es la disyuntiva que plantea la eventual consideración en conjunto del sector “energía” –que tiene algunas notas comunes, aun cuando ha de dejar fuera siempre una forma caracterizada

---

<sup>392</sup> Con las excepciones que se vieron en el Capítulo IV y el notable análisis por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ de su inicial configuración como servicio público concesional (prontamente superada tras la Ley Cambó de 1921). Afirma este autor, como se vio ampliamente, que “la actividad bancaria no es, obviamente un servicio público, ni el título para su ejercicio es una concesión. Lo fue, quizás, bajo el imperio de las primeras leyes bancarias a mediados del siglo pasado, que giraban en torno al privilegio de emisión. El poder de acuñar moneda fue siempre una regalía de la Corona...” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “El ordenamiento crediticio y bancario español”, *cit.*, pp. 19-20).

fuertemente por sus rasgos propios: la energía nuclear— o bien la atención particularizada a cada una de sus ramas –electricidad y gas—, teniendo en cuenta a su vez que éste último forma parte de un campo más amplio (hidrocarburos, líquidos y gaseosos) que ha tenido en nuestro ordenamiento un tratamiento independiente. Una cuestión diversa de método la plantea el posible tratamiento unificado de ciertas facetas, por excelencia la fase de suministro, que es posible reconocer en cada uno de los ciclos verticales de producción y comercialización de estos bienes. Por último, el entrecruzamiento de técnicas y categorías de intervención podría ser aún mucho mayor si se introdujeran las variantes de la distribución competencial entre normas estatales y autonómicas tras la Constitución y los diferentes matices de apertura y liberalización que introduce de forma amplia el Derecho comunitario<sup>393</sup>.

En lo que sigue, todos estos problemas de método van a tratar de resolverse de forma empírica o, si se quiere, tópica. No se intenta reconstruir el armazón teórico de la intervención en los diversos sectores. Se apuntan solamente aquellos rasgos que puedan ayudar a comprender cuál ha sido la solución ofrecida en cada momento al objeto de estudio que nos ocupa, es decir: si hay alguna singularidad organizativa que consista en la creación de una entidad dotada de independencia frente a la Administración pública en sentido tradicional y si a tal autoridad le corresponde de algún modo el ejercicio de potestades normativas. No es necesario decir que la doctrina sobre lo que hoy constituye esta “regulación sectorial” es abrumadora y que se hace necesario tener presentes todas las

---

<sup>393</sup> Una sola precisión se entiende imprescindible en este último punto. Con carácter general es cierto que no debe corresponder al Derecho comunitario una consideración propia o separada cuando se estudia un determinado sector, al igual que no se otorga este tratamiento al Derecho de origen legal o reglamentario. Así lo dice NIETO en su *Derecho administrativo sancionador*: “Siempre he entendido que no es sistemáticamente correcto estudiar separadamente el Derecho comunitario, por las mismas razones que no procede crear una disciplina sobre Derecho legal o Derecho reglamentario o Derecho consuetudinario”, sino que los desarrollos han de ir en el lugar sistemático que les corresponda, aun cuando el mismo autor reconoce que “para eso [la visión de conjunto] están los libros generales de Derecho comunitario europeo sancionador” —esto es, admite implícitamente el tratamiento separado de aquel ordenamiento en una cierta materia, concebido por su especificidad “nacional”, como lo sería el Derecho norteamericano, francés o español— (cf. NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Civitas, Madrid, 42005, pp. 107 y 98).

Lo anterior tiene su lógica excepción en un estudio de *sistema de fuentes*, donde procede independizar las normas jurídicas en atención a su origen, y así se ha hecho en capítulos precedentes. Por último, y como contraexcepción, en el primer apartado de este capítulo se tratan de forma entremezclada las cuestiones de Derecho comunitario. Se hace así justamente porque en la llamada regulación económica, el Derecho europeo y sus exigencias de liberalización juegan un papel sin el cual no es posible comprender la evolución misma de las autoridades reguladoras.

advertencias que se hicieron en su momento sobre la diferencia de fondo que existe entre la supervisión financiera y la actividad de los llamados reguladores sectoriales<sup>394</sup>.

#### **A. Antecedentes de los sectores eléctrico y gasista: la época del servicio público**

Una primera etapa en esta ojeada es la que constituyen las leyes que atribuyen a los municipios competencias de alumbrado público (leyes de 1870 y 1877) y aquellas en las que el Estado establece el régimen de las concesiones hidroeléctricas o las condiciones de autorización del transporte de la electricidad (Ley de servidumbre de paso para la electricidad de 1900). Una efectiva *publicatio* tiene lugar mediante el Real Decreto-ley de 19 de abril de 1924, que declara de forma solemne el suministro de electricidad como servicio público, que debe por tanto prestarse con continuidad, mediante regulación de tarifas y con instrucciones de verificación, etc. Con todo, se destaca en esta etapa que “los orígenes del servicio de suministro de electricidad en España son en puridad ajenos a la ordenación propia de un modelo de servicio público en sentido estricto”, pues –dice BACIGALUPO SAGGESSE– “las actividades del sector eléctrico vinieron siendo desempeñadas, principalmente, por empresas eléctricas privadas, no vinculadas al Estado en virtud de un contrato concesional y sin sujeción a una regulación pública estatal que ordenase –como tal y por su naturaleza específica– el desempeño de la actividad destinada al suministro de energía eléctrica”<sup>395</sup>.

La crisis económica de la posguerra civil y la necesidad de optimización de los recursos lleva a la idea de la *conjugación* de la totalidad del sistema, no mediante la nacionalización –como

---

<sup>394</sup> De hecho, es posible comprobar la precisa acepción que se otorga al término “regulación” en este último ámbito: es la técnica que sucede a las propias del servicio público “en aquellos sectores de actividad económica de interés general que, por su contenido prestacional y tendencia estructural al monopolio natural (o, al menos, al oligopolio), constituían en muchos países de nuestro entorno hasta hace no más de diez o quince años el objeto de monopolios públicos” (BACIGALUPO SAGGESSE, M., “Electricidad, servicio público y mercado”, en VVAA [dirs. Becker, F., Cazorla, L. M<sup>a</sup>, Martínez-Simancas, J. y Sala, J.], *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi-Iberdrola, Bilbao, 2008, vol. I, pp. 87 ss.; p. 92). “Se habla así de una ‘competencia regulada’, o de una ‘regulación dirigida a crear las condiciones de la libre competencia’, que son las palabras que definen el nuevo orden de las cosas (...) Ésa –regulación– es hoy en efecto la voz a emplear” (JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “La reforma de la Ley del Sector Eléctrico para su adaptación a las exigencias de las directivas comunitarias”, en la obra colectiva antes citada, pp. 241 ss.; p. 244).

<sup>395</sup> BACIGALUPO SAGGESSE, M., “Electricidad, servicio público y mercado”, *cit.*, pp. 88-89.

sucedería en Francia o Inglaterra- sino partiendo del sector privado, es decir mediante la concentración de las grandes empresas eléctricas en una entidad de segundo grado (UNESA) y a través de la interconexión de las redes en una Red General Peninsular, cuya conjugación correspondía a un Repartidor Central de Cargas (RECA) [Orden Ministerial de 2 de diciembre de 1944; posteriormente Decreto de 12 de enero de 1951]. Dice MUÑOZ MACHADO que "UNESA y su Repartidor Central de Cargas (RECA) fueron en el período que va de 1944 a 1980 el auténtico centro neurálgico de todo el sistema eléctrico", de forma que "la gestión se llevaba a cabo "desde instancias inequívocamente privadas (...) que desarrollaban funciones públicas por encomienda de los órganos administrativos responsables"<sup>396</sup>.

La Ley de 26 de diciembre de 1984, sobre explotación unificada del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), supone la nacionalización de la red de alta tensión y su explotación unificada como servicio público de titularidad estatal, gestionado mediante una sociedad estatal (REDESA) con funciones de coordinación de las diversas explotaciones económicas empresariales (Real Decreto 91/1985, de 23 de enero). "Entre la compilación y la renovación" (MUÑOZ MACHADO) se sitúa, por último, la Ley de 30 de diciembre de 1994, de ordenación del sector eléctrico, que, aun cuando mantiene la declaración de servicio público de la explotación unificada y del suministro, reconoce la libre iniciativa de las empresas para ejercer estas últimas actividades. Se creó en esta ley la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) como "ente regulador del sistema, con el objetivo de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, para lo que se garantiza la independencia de sus miembros" (Exposición de Motivos). Fue una importante novedad, en cuanto se trató del "primer ente regulador de un sector no financiero"<sup>397</sup>, cuya independencia se articulaba a través del estatuto otorgado a los miembros del Consejo de Administración (Presidente y

---

<sup>396</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, vol. IV, *El sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 33-34.

<sup>397</sup> SERRANO GONZÁLEZ, M., "La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la Administración general", en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo III, *Sector energético* (dirs. S. Muñoz Machado, M. Serrano González, M. Bacigalupo Saggese), Iustel – Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset – CNE), Madrid, 2009, pp. 79-123; p. 82.

seis vocales con mandato de cinco años) y a la que se atribuyeron funciones de supervisión.

Sin embargo, el papel de la CSEN distaba de ser aún el de una autoridad reguladora independiente. El sistema en el que ésta se inscribía ha sido descrito por ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO como de retribución mediante costes estándares<sup>398</sup>. De modo que en la LOSEN se mantenía el modelo regulado con pequeños “resquicios liberalizadores” y, en términos generales, “la consecuencia era obvia: se producía una total publicación de las decisiones fundamentales del sector: de inversión, de explotación, de fijación de precios y de remuneración a los agentes”. Concretamente, se configuraban en la ley “unas ‘empresas eléctricas’ sin derechos de propiedad sobre el producto que producen y comercializan, sin asunción de riesgos empresariales respecto a las inversiones, ni respecto a la instalación de sus explotaciones, remuneradas por su actividad en función de los costes reconocidos por el Ministerio y a través de la asignación de la liquidación que determina la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional”<sup>399</sup>.

## **B. El Derecho comunitario y la liberalización del sector energético**

El cambio de modelo tiene lugar con la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, para adaptarla a la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado de la electricidad). Trae causa fundamentalmente de la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo

---

<sup>398</sup> En el repaso a los modelos históricos existentes, estos autores diferencian cuatro fases: las tres primeras –que denominan “modelo regulado tradicional” y que nosotros llamamos aquí de servicio público– son: a) la planificación vinculante de inversiones, b) la explotación unificada; c) el sistema de retribución mediante costes estándares. La última y vigente etapa es la que corresponde al modelo de “competencia regulada”, cuyos principios se apuntan más adelante. Cf. ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 317 ss. y el resumen a cargo de los citados autores y de I. DEL GUAYO CASTIELLA en la Lección 19ª de ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*, Comares, Granada, 3ª 2004, pp. 717-720.

<sup>399</sup> ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. y DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Principios de Derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)* [Lección 19ª sobre “Regulación del sector de la energía”], *cit.*, p. 719. A pesar de lo cual, debe reconocerse el hecho de que “la CSEN trabajase muy intensamente desde su constitución en la introducción de elementos competitivos en la explotación del sistema, en concursos de generación, en los intercambios internacionales, en la separación de actividades y en la implantación del *non-nato* sistema independiente” (SERRANO GONZÁLEZ, M., “La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la Administración general”, *cit.*, p. 86).

y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Al tiempo, se ha de tener en cuenta la Directiva 98/30/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, relativa a normas comunes para el mercado interior del gas natural.

Se ha llegado a hablar de un nuevo paradigma –así, GARCÍA DE ENTERRÍA, a quien sigue en la calificación DE LA CRUZ FERRER<sup>400</sup>– pues, como explica este último, se “establece un nuevo Derecho de la electricidad: los fines que persigue la ordenación jurídica del sector se mantienen en buena medida, pero las técnicas jurídicas cambian por completo”: “el protagonismo se atribuye a la libre iniciativa empresarial (apartado 7 de la exposición de motivos, artículo 2.1), ejercida en el marco de la libre competencia, que la propia ley impulsa mediante la creación y organización de un mercado mayorista de generación y un mercado minorista de suministro”<sup>401</sup>. Si entrar en detalle en las nuevas técnicas de regulación, que consisten en esencia en la consideración de las diversas actividades económicas como reguladas y en la imposición de obligaciones de servicio público<sup>402</sup>, en lo organizativo la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) pasa a ser la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE).

---

<sup>400</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “UNESA vista desde una perspectiva personal” (Prólogo), en VVAA, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, UNESA, Madrid, 1998 y DE LA CRUZ FERRER, J., *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 344 y 345.

<sup>401</sup> DE LA CRUZ FERRER, J., *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, cit., p. 345.

<sup>402</sup> Según la concepción de los servicios económicos de interés general, que implica un abandono del tradicional elemento subjetivo del servicio público, pero no de su vertiente objetiva. Lo que lleva, a su vez, a mitigar en buena parte la contundencia de la declaración de la ley sobre el abandono de la noción de servicio público: “la jurisprudencia y la doctrina elaboradas sobre el elemento objetivo del servicio público, sobre sus principios y garantías tradicionales de prestación a los usuarios, que es lo que en definitiva importa, siguen estando vigentes con las necesarias matizaciones y adaptaciones al nuevo modelo de regulación del sector eléctrico” (*idem.*, p. 357). En todo caso es claro, por continuar con las citas que se refieren expresamente a este sector, que se deja atrás lo que aquí ha significado servicio público durante largo tiempo, o sea el hecho de que “el objetivo fundamental de la regulación de los servicios públicos es y ha sido siempre doble: asegurar un determinado nivel y calidad del servicio y controlar los precios del mismo (...) En los servicios públicos –monopolios naturales– (...) corresponde al poder público decidir cuál es el nivel de servicio ‘suficiente’, cuál debe ser la ‘calidad’ del mismo y cuál su ‘precio’, todo ello según unas estimaciones que la autoridad pública hace de cuáles son las necesidades públicas y los recursos que, según el nivel de riqueza y desarrollo de cada país, se pueden destinar para satisfacerlas” (ARIÑO ORTIZ, G., “Servicio público y libertad de empresa. La delegación del Gobierno en el sistema eléctrico”, en VVAA, *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 75-98; pp. 75-76).



Ésta se regula en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley del Sector Eléctrico, cuya vigencia fue efímera, como se verá. Sus funciones ratifican las de su antecesora y las amplían en algún punto, en materia de solicitud de información y resolución de conflictos. Los vocales del Consejo de Administración pasan a ser ocho con mandato de seis años. Que la transitoria tercera dispusiese el cambio de denominación obedece, sin embargo, a una razón mucho más profunda: no se trata ya de gestionar un específico sistema que se mueve aún en las coordenadas de la regulación mediante costes; se refiere ya al regulador de un sistema eléctrico, entendido éste en sentido no técnico y abierto potencialmente a la competencia<sup>403</sup>.

“Al comparar los principios de uno y otro modelo resulta evidente que el cambio de modelo es radical y si tuviéramos que destacar un solo rasgo indicáramos el cambio de papeles entre el Estado y las empresas. El modelo ‘regulado’ tradicional, aunque se superponga sobre un sistema multiempresa (...) era en realidad una *nacionalización encubierta* del sector, en la que el Estado se situaba *dentro* de la actividad mientras que las empresas quedaban *fuera*, como meras tenedoras de unas instalaciones y redes, cuyo funcionamiento les venía dado desde el Estado (...). Por el contrario, en el modelo de competencia regulada, se intercambian los papeles: las empresas recobraban su protagonismo *dentro* del sector, mientras que el Estado queda fuera de la actividad limitándose a regularla, en los términos explicados”<sup>404</sup>.

### C. La Comisión Nacional de Energía

Aun cuando lo anterior es esencial desde el punto de vista de la regulación del marco jurídico de la electricidad, a los efectos que ahora interesan resultó crucial la disposición adicional undécima de la otra Ley de cabecera de la materia energética (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos [LSH]), que creó la Comisión Nacional de Energía, al tiempo que derogaba lo previsto en los artículos 6 a 8 de la Ley del Sector Eléctrico. La CNE se constituyó en abril de 1999. Su Reglamento fue aprobado por Real Decreto

---

<sup>403</sup> Cf. SERRANO GONZÁLEZ, M., “La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la Administración general”, *cit.*, pp. 85-87.

<sup>404</sup> ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. y DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Principios de Derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)* [Lección 19ª sobre “Regulación del sector de la energía”], *cit.*, p. 720.

1339/1999, de 31 de julio (modificado posteriormente por Real Decreto 1204/2006, de 20 de octubre, declarado a su vez nulo de pleno derecho por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2008).

La circunstancia puramente accidental de que el ente regulador haya quedado plasmado en las adicionales de una de las dos leyes que rigen el sector, es ya significativa de la complejidad que toda la noción de “regulación” –y dentro de ella el papel de un regulador independiente– ha tenido en esta materia<sup>405</sup>. Desde esta norma es claro que la Comisión Nacional de Energía es el ente regulador de los mercados energéticos<sup>406</sup>. No obstante, su calificación como regulador dotado de independencia y, lo que es diferente por connotar un específico régimen jurídico, como Administración independiente fue más discutida.

*1. Las vacilaciones sobre su calificación como Administración independiente y el reconocimiento de su potestad normativa*

§ El tenor de la LSH, en su versión inicial, dispuso la creación de la “Comisión Nacional de Energía como ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores”. Disponía además su configuración como “organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena capacidad de obrar. La Comisión sujetará su actividad a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando ejerza potestades administrativas, a la legislación de contratos de las Administraciones públicas su contratación de bienes y servicios, sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado” (disposición adicional undécima, apartado primero, puntos 1 y 2 *in fine* de la LSH).

---

<sup>405</sup> Debo esta idea, así como muchas otras de las que aparecen después en el texto sobre la naturaleza de la CNE, a los atinados comentarios de Mariano Bacigalupo Saggese, a quien hago constar mi agradecimiento.

<sup>406</sup> Así lo establece la disposición adicional undécima, apartado primero, punto 2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos: “Se crea la Comisión Nacional de Energía como *ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos*”. Con esta contundente constatación, de algo que parece hoy elemental, titula también su artículo y lo abre SERRANO GONZÁLEZ, M., “La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos...”, *cit.*, p. 79.

La disposición adicional decimotercera de la misma ley modificó el tenor de la adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), para incluir en el "régimen jurídico de determinados organismos públicos" el de la nueva Comisión: "La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el ente público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, *la Comisión Nacional de Energía* y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley" -rezaba en su redacción entonces vigente y en cuya versión anterior no figuraba la CNSE.

§ El reconocimiento de su potestad normativa se produjo ya por esta ley. Establece al respecto la DA 11ª.tercero.1.séptima de la Ley del Sector de Hidrocarburos que corresponde a la Comisión Nacional de Energía "dictar las circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Órdenes del Ministerio de Industria y Energía [hoy Industria, Turismo y Comercio] que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello. Estas disposiciones recibirán la denominación de circulares y serán publicadas en el «Boletín Oficial del Estado»". De otro lado, le compete "actuar como órgano consultivo de la Administración en materia energética" (DA 11ª.tercero.1.primer LSH).

Es de tener en cuenta, en fin, la potestad de requerimiento de información que le otorga la misma ley en su DA 11ª.tercero.4: "La Comisión Nacional de Energía podrá recabar de los sujetos que actúan en los mercados energéticos cuanta información requiera en el ejercicio de sus funciones. Para ello, la Comisión dictará circulares, que deberán ser publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», en las cuales se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma".

Sobre ambas categorías, circulares y circulares de información, se volverá después ampliamente.

§ Por lo que hace a las notas generales de su configuración, éstas no llevaron unánimemente a calificarla como autoridad

reguladora independiente. Se dijo así que “constata la doctrina científica que el elenco de competencias que se le atribuyen a la Comisión Nacional de la Energía por la Ley del Sector de Hidrocarburos y por el Real Decreto 1339/1999, por el que se aprueba su reglamento propio, no le convierten en un verdadero organismo regulador, en razón de la tan sólo relativa trascendencia de aquellas atribuciones. Y viene a decir esa misma doctrina que dicha cualidad de *reguladora* le resulta más propiamente aplicable a la Administración General del Estado o, de forma algo más limitada, a las administraciones autonómicas”<sup>407</sup>. En un sentido similar, en la misma fecha se pronunciaba SALA ARQUER: “En el caso de los sectores energéticos –gas, petróleo y electricidad- no creo que pueda hablarse de un verdadero ente regulador. La futura Comisión Nacional de la Energía, tal como aparece configurada tras la Ley del Sector Eléctrico y la Ley de Hidrocarburos, no pasa de ser un órgano consultivo y arbitral, alejado de una verdadera ‘regulatory commission’, tal como esta figura se entiende en los Estados Unidos. En definitiva, y para entendernos, quien tiene en estos sectores las auténticas competencias reguladoras es el Ministerio de Industria”<sup>408</sup>.

Acaso la crítica más acabada a la consideración de la CNE como Administración independiente fue la realizada por GALLEGO ANABITARTE y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. En el estudio realizado sobre las competencias de la Comisión, especialmente en relación con el sector gasista<sup>409</sup>, razonaban estos autores que no se advertían respecto de la Comisión los problemas de tipo constitucional relativos a su posibilidad de dictar reglamentos ni al choque con la dirección política del Gobierno (según las funciones encomendadas a éste por el artículo 97 de la Constitución). Concretamente, sus atribuciones normativas pueden entenderse perfectamente a partir del texto del artículo 97 de la Constitución (ejercicio por el Gobierno de la potestad reglamentaria “de acuerdo con la Constitución y las leyes”), como se ha explicado en nuestro Derecho el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministro.

---

<sup>407</sup> ORTEGA MARÍN, E., “Energía eléctrica y energía nuclear”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XII (2000), Consejo General del Poder Judicial, pp. 91-152; p. 102.

<sup>408</sup> SALA ARQUER, J. M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2000, p. 17.

<sup>409</sup> GALLEGO ANABITARTE, A. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “La nueva regulación del mercado del gas natural”, *RAP* 148 (1999), pp. 41-60; en particular, pp. 58-60 sobre la CNE.

Con todo, si se tiene en cuenta “que la planificación en materia de hidrocarburos corresponde realizarla al Gobierno (art. 4.2 LSH), que las tarifas, peajes y cánones son aprobados por Orden del Ministro de Industria y Energía (arts. 93 y 94 LSH), que las autorizaciones se otorgan, también, por el Ministro [...], que muchas de las competencias de la Comisión en este sector son de mera propuesta o informe (vid. DA 11ª, tercero, 1, primera a sexta), y que, salvo contadas excepciones, las resoluciones de la Comisión son impugnables en recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía (DA 11ª, tercero, 5), parece evidente que no estamos, en este caso, ante una Administración independiente en el sentido al que se ha aludido. Podría hablarse más bien (aunque fueran necesarias algunas matizaciones) de una Administración desconcentrada, aunque la organización que ejerce por atribución legal las competencias esté dotada de personalidad jurídica”<sup>410</sup>.

## *2. La evolución posterior hacia la independencia y su consideración como organismo regulador*

La posterior evolución hace ya posible hablar de la CNE como organismo regulador y como Administración independiente, en el sentido en que el término se entiende en este trabajo.

Tiene atribuidas “funciones regulatorias de carácter sectorial” y complementa la aplicación del Derecho de la competencia por las autoridades de la competencia. Establece o vela por el cumplimiento de obligaciones *ex ante* en el sector energético. La organización misma del mercado regulado se crea por la ley y su adecuado funcionamiento y el fomento de las políticas energéticas se encomiendan a las autoridades reguladoras, entre las cuales se encuentra la CNE (respectivos artículos 3 de las Leyes del Sector Eléctrico y del Sector de Hidrocarburos)<sup>411</sup>.

Su origen se encuadra, por lo general, en las comisiones reguladoras independientes del Derecho norteamericano. A estos llamados organismos reguladores se les atribuyen en bloque, y a la

---

<sup>410</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>411</sup> Cf., sobre lo anterior en relación con las funciones atribuidas a las autoridades de defensa de la competencia, BACIGALUPO SAGGESE, M., “La coordinación y delimitación de funciones entre las autoridades de defensa de la competencia y el regulador sectorial energético”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo III, *Sector energético* (dirs. S. Muñoz Machado, M. Serrano González, M. Bacigalupo Saggese), Iustel – Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset – CNE), Madrid, 2009, pp. 125-157; pp. 127-128.

CNE en particular, las funciones de regulación sobre sectores o actividades de interés general “o que afectan a derechos fundamentales”<sup>412</sup>. “A medida que los sectores sobre los que operan se van liberalizando, las comisiones reguladoras son comisiones pro-mercado o pro-competencia, con un papel cada vez más activo en el impulso y vigilancia de las condiciones de mercados, promoviendo la eliminación de las barreras de entrada y buscando instrumentos para lograr la eficiencia de los mercados”<sup>413</sup>.

Las notas de su independencia han sido, en fin, remarcadas por la LES (que da nueva redacción a una parte de la disposición adicional undécima de la LSH) y suelen reunirse en torno a las siguientes características: independencia de su órgano rector (a), propia capacidad organizativa (b) y de financiación (c) y carácter no tutelado de sus funciones (d).

Ante todo, la vigente disposición adicional undécima, apartado primero, punto 2, de la LSH (en su redacción por la disposición final trigésima tercera de la LES) precisa ahora que los objetivos que antes se vieron como propios de la CNE se establecen “en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible” (primer párrafo *in fine*). Y, de otra parte, se remite ampliamente sobre su naturaleza y régimen de funcionamiento a lo previsto en el artículo 8, apartados 3 y 4, LES, esto es a las normas que establecen su “autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones públicas y de los agentes del mercado”, sometiéndose al régimen general diseñado para los llamados organismos reguladores por dicha Ley (vid. sobre ello lo que se dice *in extenso* en el Capítulo III).

Por otra parte, su independencia funcional y relación con las entidades públicas y privadas se determina también por remisión al artículo 9 LES, que impone la independencia en su actuación respecto “de cualquier interés empresarial o comercial” y su no sujeción a

---

<sup>412</sup> La idea y la expresión entrecomillada se toman de SERRANO GONZÁLEZ, M., “La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la Administración general”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo III, *Sector energético* (dirs. S. Muñoz Machado, M. Serrano González, M. Bacigalupo Saggesse), Iustel – Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset – CNE), Madrid, 2009, pp. 79-123; p. 91.

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 92.

instrucciones del Gobierno ni de entidad pública o privada alguna. No obstante todo lo cual (y al margen de su colaboración con la dirección del Gobierno "a través de su capacidad normativa"), las relaciones que entable con el Gobierno en el ejercicio de sus funciones se desarrollarán a través del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

**a)** En el aspecto de su capacidad organizativa, establece el punto 3 del apartado primero de esta disposición adicional que "la organización de la Comisión Nacional de Energía y del Consejo, las funciones asignadas al Consejo, al Secretario, y al Presidente del organismo, que también lo será del Consejo, y el nombramiento, mandato, causas de cese y funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo serán las previstas en la sección III, del capítulo II, del título I de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible".

La remisión lleva implícitas las siguientes consecuencias de régimen:

- Son miembros del Consejo el Presidente del organismo, que también lo será del Consejo, y seis Consejeros. Ello obliga a la reforma de la vigente organización, en la que el número de miembros del Consejo de Administración es de nueve, el Presidente y ocho vocales entre los que se nombrará un Vicepresidente (artículo 20.1 del Reglamento de la CNE).

- El nombramiento se hace por el Gobierno, como ya se vio, pero con dos criterios que refuerzan su carácter independiente: exigencia de una cualificación profesional específica y comparecencia ante el Congreso de los Diputados (que se extienden hoy tanto al Presidente como a todos los miembros del Consejo por mandato del artículo 13.1 LES).

- El mandato es de duración superior a la legislatura –seis años– sin posibilidad de reelección, en línea con lo que sucede ya en la Comisión Nacional de la Competencia, ex artículo 13.2 LES (aun cuando la exigencia de la Directiva eléctrica 2009/73/CE, como se verá, se refería a una sola reelección, como anteriormente disponía la LSH).

**b)** La capacidad autoorganizativa, por lo que se refiere al personal, significa la de seleccionar y contratar su personal de

carácter laboral “mediante convocatoria pública y de acuerdo con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad” (artículo 42, apartados 1 y 2, del Reglamento de la CNE). Esta previsión deberá adaptarse al régimen más exigente previsto por la sección IV, del Capítulo II, del Título I de la Ley LES en lo que hace a la organización del personal de la CNE, sus funciones, procesos de selección y nombramiento y las garantías para su actuación (disposición adicional undécima.primer.2.cuarto párrafo LSH).

Por lo demás, es de tener en cuenta que su capacidad para regular su propia organización y funcionamiento (artículo 21 del Reglamento) no ha sido culminada al no contar la CNE con Reglamento de régimen interior, a pesar de la citada previsión reglamentaria y de la función establecida a tal objeto en la LSH. La falta de un Reglamento de régimen interior hace que la estructura y funciones de la Comisión se concreten, a diferencia de lo que sucede con otras Administraciones independientes, directamente por Ley y luego mediante Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros. Se echa en falta esa norma que completa, por sedimentación, todas las anteriores y aclara no pocos aspectos de su funcionamiento.

**c)** Cuenta, además, con independencia patrimonial (artículo 43 de su Reglamento) y con sus propias fuentes de financiación (tasas ampliamente previstas en la DA 12ª de la LSH).

**d)** Finalmente, y de más relevancia a los efectos de este estudio, “otro de los elementos definitorios del grado de independencia del regulador es el carácter normativo o consultivo de sus funciones, así como el grado de impugnabilidad directa de sus resoluciones ante los tribunales de justicia”<sup>414</sup>. Se destaca cómo la CNE goza de importantes funciones –cf. por extenso el apartado tercero.1 de la DA 11ª de la LSH—, si bien muchas de ellas de carácter consultivo, a diferencia de las resolutorias que se conceden a otros reguladores europeos.

En fin, la nota quizá decisiva para considerarla hoy una Administración independiente ha sido la relativa a la supresión del recurso de alzada impropio por la LES, largamente reclamada por la doctrina y sobre la que se volverá en el Capítulo XII de este trabajo.

---

<sup>414</sup> SERRANO GONZÁLEZ, M., “La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la Administración general”, *cit.*, p. 96.



Dispone hoy, en efecto, la disposición adicional undécima, apartado tercero, punto 5, de la LSH que “los actos y resoluciones de la Comisión Nacional de la Energía dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora”.

#### **D. La nueva organización de los reguladores**

Por último, así constituida en nuestro Derecho en sus rasgos esenciales la Comisión Nacional de Energía, se ha de estudiar en perspectiva diacrónica lo que ha supuesto –y lo que habrá de implicar– la nueva organización de los reguladores establecida a escala comunitaria.

##### *1. La designación del regulador y la inexistencia de cambios relevantes en las modificaciones legislativas de 2007*

El Derecho comunitario ha ejercido una influencia notable en la liberalización de todo este sector, como se ha visto. “Se advierte una presión constante de la normativa comunitaria en la misma dirección” desde las primeras directivas hasta las aprobadas en el año 2009 (tercer paquete legislativo), dice DÍAZ LEMA. Tal presión se ha dejado sentir también, aunque más lentamente, en lo que hace al concepto de regulación y a la independencia de los reguladores. “El margen de maniobra que permitía el legislador comunitario en las Directivas 96/92/CE y 98/30/CE (la creación de organismos específicos reguladores tenía carácter subsidiario<sup>415</sup>) ha devenido en las Directivas citadas de 2003 un conjunto de reglas exigibles por igual a todos los Estados miembros (‘conjunto mínimo de competencias’, Directiva 2003/54/CE, considerando 15)”<sup>416</sup>.

En efecto, el artículo 23.1 de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la

---

<sup>415</sup> Mejor sería decir potestativo, si bien el artículo 20.3 de la Directiva 96/92/CE establecía ya lo siguiente: “Los Estados miembros designarán una autoridad competente, independiente de las partes, para la resolución de los conflictos relacionados con los contratos y las negociaciones de que se trate. Dicha autoridad resolverá, en particular, los conflictos relacionados con los contratos, las negociaciones y la denegación de acceso y de compra”.

<sup>416</sup> DÍAZ LEMA, J. M., “La evolución del Derecho Comunitario de la energía: hacia la creación del mercado europeo de la energía. La falta de un regulador europeo y sus consecuencias”, en VVAA [dirs. Becker, F., Cazorla, L. M<sup>a</sup>, Martínez-Simancas, J. y Sala, J.], *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi-Iberdrola, Bilbao, 2008, vol. I, pp. 145 ss; p. 146.

que se deroga la Directiva 96/92/CE establecía ya de forma terminante que “los Estados miembros designarán uno o varios organismos competentes con la función de autoridades reguladoras. Estas autoridades serán totalmente independientes de los intereses del sector de la electricidad” (y, en términos muy semejantes, el artículo 25.1 de la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE)<sup>417</sup>.

Se ha dicho por ello que una obligación específica que impusieron las citadas directivas era la de designación de las autoridades reguladoras. A ello procedieron las reformas legislativas del año 2007, que modificaron respectivamente las Leyes del Sector de Hidrocarburos (por Ley 12/2007, de 1 de julio) y del Sector Eléctrico (mediante Ley 17/2007, de 4 de julio). El correspondiente artículo 3 de las leyes enumera expresamente las autoridades reguladoras: Gobierno, Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Comisión Nacional de Energía.

En cuanto a las funciones mínimas que se encomiendan a estas autoridades reguladoras en las directivas comunitarias, son fundamentalmente de tres tipos<sup>418</sup>: supervisión de los mercados, determinación de tarifas y otras funciones. Siguiendo esta misma tripartición, puede decirse que las funciones de vigilancia del mercado se establecieron ampliamente en los artículos 3.4 de la Ley del Sector de Hidrocarburos y 3.5 de la Ley del Sector Eléctrico en su redacción por las mencionadas leyes 12/2007 y 17/2007 (vg. en la Ley del Sector Eléctrico: autorización de tomas de participación en que estén implicadas sociedades que realicen actividades reguladas; informe preceptivo en concentraciones o toma de control de empresas energéticas por otra del mismo sector, sometidas a autorización del Gobierno; determinación de medidas a adoptar frente al responsable de deficiencias en el suministro; tramitación de expedientes sancionadores; comunicación de conductas restrictivas a la Comisión

---

<sup>417</sup> Según un criterio cronológico, se ha de citar aquí la Decisión de la Comisión Europea 2003/796/CE, de 11 de noviembre de 2003, que crea el Grupo de Reguladores Europeos del Gas y de la Electricidad (GREGE). Se trata de una instancia de mera cooperación entre las autoridades reguladoras, cuyo papel en el actual concierto de reguladores se esclarecerá en el siguiente apartado.

<sup>418</sup> Se sigue fundamentalmente lo previsto en el artículo 23 de la Directiva 2003/54/CE, según la exposición de BACIGALUPO SAGGESE, M., “El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 284 (septiembre de 2008), págs.17 ss.

Nacional de la Competencia; etc.)<sup>419</sup>; mientras que la determinación de tarifas y las restantes funciones –entre ellas la consultiva, la normativa mediante circulares y la de requerimiento de información también mediante circulares (cf. respectivamente DA 11ª.tercero.1.primer, DA 11ª.tercero.1.séptima y DA 11ª.tercero.4 de la LSH)— quedaron fijadas en los mismos términos.

Únicamente cabría destacar que la competencia para emitir circulares de requerimiento de información se ha reiterado en el artículo 3.4-último párrafo de la LSH por lo que se refiere a los aspectos de supervisión del sector del gas natural: “A tal efecto, la Comisión Nacional de Energía podrá dictar circulares, que deberán ser publicadas en el “Boletín Oficial del Estado”, para recabar de los sujetos que actúan en el mercado gasista cuanta información requiera para efectuar la supervisión” (redacción por Ley 12/2007, de 1 de julio). Y que consta particularizada también en la Ley del Sector

---

<sup>419</sup> En el paréntesis que se acaba de cerrar en el texto quedan implicadas múltiples cuestiones sustantivas que no pueden abordarse ahora en detalle. Pero sí han de aludirse especialmente algunas, y ser remitidas ampliamente a otro lugar (Sección 1ª de este capítulo), en cuanto aclaran el carácter de importantes funciones de la CNE. En todo lo que sigue, se tiene en cuenta fundamentalmente la opinión de BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J. A., “Reguladores nacionales y europeos en el mercado interior de la electricidad. La futura Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía”, en VVAA [dir. J. Guillén Caramés], *Derecho de la competencia y energía eléctrica*, Civitas Madrid, 2009, pp. 202-206 y los trabajos del primero de ellos sobre la coordinación entre la CNC y los reguladores sectoriales, en particular el energético, ya citados *supra*.

En concreto, de las funciones de vigilancia de mercado que se enumeran en el texto, debe destacarse la importancia de las dos primeras mencionadas y, en conexión con ellas, deben destacarse otras dos competencias:

- La primera es la función de control previo regulatorio de los movimientos corporativos en el sector energético. Dio lugar a la modificación de la DA 11ª.tercero.1.decimocuarta LSH por Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero y a la declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario de lo dispuesto en el segundo párrafo de dicho precepto por la STJCE de 17 de julio de 2008, *Comisión c. España* (C-207/07).

- La segunda es la función consultiva de la CNE en los procedimientos de control de concentraciones de empresas energéticas tramitados ante autoridades nacionales de defensa de la competencia. Se prevé en la DA 11ª.tercero.1.decimoquinta LSH y en el artículo 17.2.c) de la Ley 15/2007, de 15 de julio, de Defensa de la Competencia, pero en distintos términos: la primera norma obliga a remitir informe al Gobierno y la segunda a la Comisión Nacional de la Competencia.

- Una tercera competencia de la CNE relacionada con las anteriores es la de recibir las comunicaciones –y autorizar la ampliación, en su caso— de los derechos de voto en principio limitados que derivan de la participación de personas físicas o jurídicas en más de un operador principal de sectores energéticos (artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios).

- Por último, en el artículo 17.2.b) de la Ley de Defensa de la Competencia está previsto –coordinación obligatoria en materia normativa, la denomina BACIGALUPO— que la CNE deba solicitar informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados. Luego se volverá con más detalle sobre esta exigencia.

Eléctrico (en su redacción por Ley 17/2007, de 4 de julio) en su artículo 3.5-último párrafo: "A tal efecto [con objeto de garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado eléctrico], la Comisión Nacional de Energía podrá dictar circulares, que deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado, para recabar de los sujetos que actúan en el mercado de producción de energía eléctrica cuanta información requiera para efectuar la supervisión".

En definitiva, tras las leyes de 2007, "no puede decirse que el legislador le haya querido dispensar [a la CNE] mayores márgenes de confianza, fuera del dato de que la Disposición Adicional Quinta de la Ley de 2007 [17/2007] le haya encargado la elaboración de un informe anual para el Ministerio 'analizando el grado de desarrollo de la competencia en el mercado eléctrico, incluyendo, en su caso, propuestas de reforma regulatoria destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector'"<sup>420</sup>.

Es más, "la propia Comisión Nacional de Energía ha expresado en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley que la aprobación de la Ley representa una oportunidad perdida para, recogiendo los mismos términos empleados por el Consejo de la CNE, 'reforzar la independencia de la CNE como entidad reguladora'. En efecto, en dicho informe la CNE se refiere a un conjunto de medidas a fin de reforzar tal independencia, como la supresión del recurso de alzada previsto en la Disposición Adicional Undécima 5 de la Ley 34/1998, en relación con las decisiones de la CNE respecto a las que actualmente se contempla el mencionado recurso, con lo que todas ellas pasarían a agotar la vía administrativa; o la supresión de elaboración, en coordinación con el Ministerio, con carácter anual del Plan de actuación previsto en el Real Decreto 1339/1999, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE; o la supresión de la exigencia, contemplada en el artículo 17 del mismo Real Decreto 1339/1999, de sometimiento de las Circulares de la CNE a informe de la Abogacía del Estado del Ministerio, con carácter previo a su publicación en el BOE"<sup>421</sup>.

---

<sup>420</sup> JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "La reforma de la Ley del Sector Eléctrico para su adaptación a las exigencias de las directivas comunitarias", *cit.*, p. 265.

<sup>421</sup> SALINAS LA CASTA, E., "Comentario de las nuevas funciones de supervisión de la CNE y de la nueva redacción de la función decimocuarta", Capítulo III en VVAA [coord. V. López-Ibor Mayor],

## 2. El denominado tercer paquete legislativo de la Unión Europea

El impulso definitivo en esta materia lo ha supuesto el llamado tercer paquete legislativo de la Unión Europea. De nuevo, no interesa un estudio en profundidad de todos los avances que la futura transposición supondrá en estos sectores, sino el análisis de cómo afectará a los reguladores (punto que, por lo demás, es uno de los principales en todo el nuevo panorama de supervisión que suponen las directivas y los reglamentos comunitarios sobre la cuestión).

Un primer paso en esta evolución consistió en establecer el diagnóstico, esto es en localizar los denominados fallos de la regulación en los sectores del gas y de la electricidad. Dos comunicaciones de la Comisión resultaron relevantes al respecto: "Perspectivas del mercado interior del gas y de la electricidad" [COM (2006) 841 final, de 10 de enero de 2007] y "Una política energética para Europa" [COM (2007) 1 final, de 1 de julio de 2007]. Según la primera, las "deficiencias del mercado interior eléctrico" fueron localizadas –no obstante los avances en la apertura a la competencia– en dos frentes que deberían ser mejorados: la garantía del acceso no discriminatorio a las redes y la reglamentación del acceso a la red. Para establecer esta última, debería aumentarse la independencia de los reguladores, así como sus obligaciones y competencias. A su vez, esa mejora podría conseguirse mediante la evolución gradual del marco entonces vigente (GREGE<sup>422</sup>), creando una red de reguladores independientes o instituyendo una agencia comunitaria en la materia<sup>423</sup>.

La nueva organización de los reguladores que deriva de la normativa comunitaria –que aún no ha sido objeto de transposición en lo que respecta a las directivas– ha de tomar en cuenta lo establecido fundamentalmente en las siguientes normas:

---

*Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, Universidad San Pablo CEU - Instituto Universitario de Estudios Europeos - Civitas, Madrid, 2007, pp. 206-207.

<sup>422</sup> Cf. nota 33 *supra* y lo que se dice más abajo sobre la actual organización de los reguladores.

<sup>423</sup> El resumen está tomado del que hace M. BACIGALUPO SAGGESE en "El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad", *Noticias de la Unión Europea*, cit., pp. 19-20 y, con alguna mayor extensión, en BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J. A., "Reguladores nacionales y europeos en el mercado interior de la electricidad. La futura Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía", cit., pp.207-211.

- El Reglamento (CE) 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía.

- La Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. Con su correspondiente reglamento de desarrollo: Reglamento (CE) 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1228/2003.

- La Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE. Con su correspondiente reglamento de desarrollo: Reglamento (CE) 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1775/2005.

En el plano organizativo y de competencias de los reguladores sectoriales, los cambios revisten alguna importancia. En síntesis, se pasa de un modelo de “concierto europeo de reguladores” en el que se coordinan las funciones de reguladores nacionales independientes, la Comisión y una autoridad comunitaria con funciones de simple cooperación (Grupo de Reguladores Europeos del Gas y la energía, GREGE o ERGEG en su acrónimo inglés), a otro sistema que “representa una corrección y un ajuste del diseño de aquél”, de modo que pasan a existir dos auténticos reguladores a escala comunitaria: la Comisión y la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACRE). Al mismo tiempo, se pretende una potenciación de la independencia y de las funciones de los reguladores nacionales<sup>424</sup>.

---

<sup>424</sup> Para toda esta cuestión, es esencial el trabajo de CHITI, E., “La reforma del marco institucional europeo en los sectores de la energía eléctrica y del gas y de las comunicaciones electrónicas”, *REDETI*, núm. 32 (mayo-agosto 2008), pp. 11-40 (las citas del texto en pp. 19 y 31). Aun cuando maneja datos anteriores a la aprobación definitiva de las normas antes citadas —en particular, se basa aún en la Propuesta de la Comisión relativa al que sería Reglamento 713/2009 [COM (2007) 530 final, de 19 de septiembre de 2007]—, el armazón conceptual es perfectamente aplicable al resultado que derivará de las nuevas reglas. El concepto de “concierto regulatorio europeo” está tomado, a su vez, de

§ Por lo que se refiere a la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, tiene como objetivo asistir a las autoridades reguladoras nacionales mencionadas en el artículo 35 de la Directiva 2009/72/CE y en el artículo 39 de la Directiva 2009/73/CE, "en el ejercicio a nivel comunitario de las tareas reguladoras desempeñadas en los Estados miembros y, de ser necesario, para coordinar su actuación" (artículo 1 del Reglamento 713/2009).

Está compuesta por un Director, un Consejo de Administración, un Consejo de Reguladores y una Sala de Recursos (artículo 3). El Director es nombrado por el Consejo de Administración con el dictamen favorable del Consejo de Reguladores, para un mandato de cinco años prorrogables una vez por período de tres años, a partir de una lista de tres candidatos propuestos por la Comisión; "no pedirá ni aceptará instrucción alguna de ningún Gobierno, de la Comisión ni de ninguna otra entidad pública o privada"; potestativamente se prevé que se invite al candidato a comparecer ante el Parlamento Europeo y responder a sus preguntas (artículo 16). El Consejo de Administración se integra por nueve miembros: dos nombrados por la Comisión, dos por el Parlamento Europeo y cinco por el Consejo. Tendrán un mandato de cuatro años renovable por una vez. Elegirán de entre sus miembros a un presidente y vicepresidente con mandato de dos años pudiendo ser reelegidos una vez. El Consejo de Administración adopta sus decisiones por mayoría de dos tercios y le corresponden las más relevantes tareas de la Agencia –"se asegurará de que la Agencia cumple su cometido y lleva a cabo las tareas que le son asignadas de conformidad con lo dispuesto en el presente Reglamento"- (artículos 12 y 13).

El Consejo de Reguladores está integrado por un representante de alto rango de cada una de las autoridades reguladoras nacionales y por un representante de la Comisión sin derecho a voto. Tiene funciones principalmente consultivas -emitir dictámenes para el

---

Sabino CASSESE, "Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni", *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2002, pp. 689 ss. (citado *apud* CHITI, E., "La reforma...", p. 19).

También de Edoardo CHITI cabe destacar *Le Agenzie europee. Unità e decentramento nelle Amministrazioni comunitarie*, Cedam, Milán, 2002 (citado *apud* BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J. A., "Reguladores nacionales y europeos en el mercado interior de la electricidad...", p. 218).

Director “sobre las sobre los dictámenes, recomendaciones y decisiones que se mencionan en los artículos 5, 6, 7, 8 y 9”- (artículos 14 y 15). Las partes interesadas –incluidas las autoridades reguladoras nacionales— tienen el derecho a recurrir las decisiones de las que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente ante una Sala de Recurso, cuyas resoluciones pueden ser a su vez objeto de recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (considerando 19 y artículos 18 a 20).

Las “tareas” o competencias de la Agencia se enumeran en los artículos 5 a 9. Por lo general sus actos son de conocimiento, consejo o juicio: así, los dictámenes y recomendaciones previstos en los artículos 6 respecto a la cooperación de los gestores de redes de transporte y 7 respecto a las autoridades reguladoras nacionales (vg. las recomendaciones a éstas y a los agentes de mercado “para compartir buenas prácticas”, artículo 7.2). Se prevén no obstante funciones decisorias sobre asuntos en particular, como las decisiones sobre cuestiones técnicas del artículo 7, las relacionadas con las condiciones de acceso y seguridad operativa de las infraestructuras transfronterizas del artículo 8 y la decisión sobre exenciones del artículo 9. A caballo entre ambos tipos, “la Agencia creará un marco que permita la cooperación de las autoridades reguladoras nacionales”, fomentará dicha cooperación y podrá hacer las recomendaciones pertinentes a la Comisión cuando estime que se requieren normas vinculantes para la cooperación (considerando 10 y artículo 7.3). Podrá, por último, transmitir a la Comisión directrices marco no vinculantes, a las que deben conformarse los códigos de red [considerando 9 y artículo 4.e)].

En definitiva, al margen de esta última función y de la consultiva, “la Agencia debe *supervisar, en cooperación con la Comisión, los Estados miembros y las autoridades nacionales pertinentes, los mercados interiores de la electricidad y del gas natura (...)* Estas tareas de supervisión de la Agencia no deben solaparse con las realizadas por la Comisión o por las autoridades nacionales, en particular las autoridades nacionales de la competencia, ni dificultarlas” (considerando 8).

En recapitulación, la parte expositiva del Reglamento 713/2009 subraya que se ha estimado necesario establecer “una entidad central independiente [que] presentaba a largo plazo una serie de ventajas



frente a otras opciones”, de forma que la cooperación voluntaria entre reguladores nacionales “debe tener ahora lugar dentro de una estructura comunitaria con competencias claras y con la facultad de aprobar decisiones reguladoras en una serie de casos concretos”, con lo que se colma el vacío regulador que existía a escala comunitaria (considerandos 3 y 5). Se ha querido “garantizar la independencia de la Agencia respecto de los productores de gas y electricidad, los gestores de redes de transporte y distribución, ya sean públicos o privados, y los consumidores” y, de otra parte, la Agencia debe poder realizar sus funciones reguladoras “con total independencia de cualquier interés comercial, evitar conflictos de intereses y no pedir ni seguir instrucción alguna de ningún Gobierno de un Estado miembro, de la Comisión ni de ninguna otra entidad pública o privada, ni aceptar ninguna recomendación por su parte” (considerandos 6 y 18, este último por referencia expresa al Consejo de Reguladores, “sin perjuicio de que sus miembros actúen en nombre de sus respectivas autoridades nacionales”).

§ El papel de los reguladores nacionales en este nuevo marco pivota sobre tres grandes aspectos<sup>425</sup>:

- Independencia del poder político y respecto de los intereses comerciales. De acuerdo al artículo 35.4 de la Directiva 2009/72/CE (en términos semejantes, el artículo 39.4 de la Directiva 2009/73/CE), “los Estados miembros garantizarán la independencia de la autoridad reguladora y velarán por que esta ejerza sus competencias con imparcialidad y transparencia”. Para lo cual se asegurarán de que la autoridad reguladora cumpla los siguientes requisitos:

- Que tenga personalidad jurídica propia, sea “funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada” y cuente con autonomía financiera y medios suficientes de personal.

- Que actúe con independencia de cualquier interés comercial y sin sumisión a instrucciones jerárquicas (“sin perjuicio de una

---

<sup>425</sup> De nuevo por referencia fundamentalmente a lo que sucede en el sector eléctrico, según M. BACIGALUPO SAGGESE en “El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”, *Noticias de la Unión Europea*, cit., pp. 21 ss y el mismo autor y FUENTETAJA PASTOR, J. A., “Reguladores nacionales y europeos en el mercado interior de la electricidad. La futura Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía”, cit., pp.211 ss.

estrecha cooperación con otros organismos nacionales pertinentes, cuando proceda, ni de las directrices de política general publicadas por el gobierno que no guarden relación con las funciones reguladoras”).

- Que “los miembros del consejo de la autoridad reguladora o, a falta de un consejo, los altos cargos directivos de la autoridad reguladora se nombren para un mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez”.

Como se vio, las exigencias son formalmente satisfechas hoy por la CNE conforme a lo dispuesto en la LSH (e incluso establecidas de forma más exigente por los artículos correspondientes de la LES). Aunque siguen presentes algunos rasgos de “independencia en menos” que apuntaba BACIGALUPO SAGGESE: nombramiento de los miembros por el Gobierno, control de eficacia por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y recurribilidad de sus decisiones en vía administrativa (si bien esta última nota varía en el artículo 22 del Anteproyecto de LES: “las resoluciones del Organismo Regulador pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora”)<sup>426</sup>.

- Sus objetivos se definen de forma amplia en los artículos 36 de la Directiva 2009/72/CE y 40 de la Directiva 2009/73/CE.

- Se refuerzan, en fin, sus competencias conforme a los artículos 37 y 38 y 41 y 42 de las Directivas sobre electricidad y gas, respectivamente. Los reguladores de la energía –dice la parte expositiva de la primera de las directivas citadas– “deben poder fijar o aprobar las tarifas, o las metodologías de cálculo de las mismas, en función de una propuesta del gestor o los gestores de la red de transporte o distribución, o en función de una propuesta acordada entre estos últimos y los usuarios de la red (...) Deben estar facultados para aprobar decisiones que vinculen a las empresas eléctricas y para imponer o proponer al órgano jurisdiccional competente sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las que incumplan sus obligaciones. Deben estarlo asimismo para decidir, independientemente de la aplicación de las normas de competencia,

---

<sup>426</sup> Las notas son apuntadas –sin emplear la expresión “independencia en menos”, que añadimos– por BACIGALUPO SAGGESE en “El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”, *Noticias de la Unión Europea*, cit., pp. 21-22.

medidas oportunas para garantizar beneficios para el cliente mediante el fomento de la competencia efectiva necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interior de la electricidad (...) También deben estar facultados para contribuir a asegurar un alto nivel de servicio público y universal garantizando la apertura del mercado (...) *sin perjuicio de los poderes de la Comisión respecto a la aplicación de las normas de competencia*, incluido el examen de las fusiones que tengan una dimensión comunitaria, y de las normas del mercado interior, tales como la libre circulación de capitales”<sup>427</sup>.

## II. Aspectos sustantivos de las circulares de la CNE

Ya se ha visto que, bajo la única denominación de circulares, se alude en la Ley del Sector de Hidrocarburos y en la Ley del Sector Eléctrico a dos productos bien diferentes: de un lado, las circulares de desarrollo de reales decretos y órdenes del Ministro de Industria, Turismo y Comercio que habiliten expresamente para tal desarrollo a la CNE; de otro, las circulares dictadas en ejercicio de la potestad de la Comisión para requerir “de los sujetos que actúan en los mercados energéticos cuanta información requiera en el ejercicio de sus funciones” (DA 11ª.tercero.1. séptima y tercero.4 de la LSH).

Por lo que hace a estas últimas, la citada disposición adicional de la LSH establece también que “deberán ser publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», en las cuales se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo

---

<sup>427</sup> La consecución plena de esta última libertad, pese a lo sorprendente que pueda parecer, sigue siendo el caballo de batalla en materia energética. Como dice DE LA CRUZ FERRER, “lo que está en juego no es la compra-venta de electricidad, sino la compra-venta de empresas eléctricas (...) El proceso de adquisición de empresas privadas por empresas públicas choca frontalmente contra la libre circulación de capitales y contra la libertad de establecimiento; vulneración que se salva, hoy por hoy, mediante la cobertura del artículo 295 del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como viene interpretándose hasta la fecha” (DE LA CRUZ FERRER, J., “El mercado interior europeo de la electricidad”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 284 [septiembre de 2008], págs. 25-34; p. 33).

Reflexión que hace también DÍAZ LEMA a propósito de “las condiciones pendientes para la creación de un mercado energético unificado”, las cuales ponen de relieve que se ha omitido el primer paso teórico del proceso, consistente –según se vio– en la privatización del capital de las empresas energéticas. “En realidad, incluso podría decirse que, al margen de los preceptos citados del Tratado de Roma, en las Directivas 2003/54 y 2003/55 subyacía un mandato de privatización de las empresas públicas del sector energético, que o no se ha culminado o en algunos casos ni siquiera se ha iniciado. Si el centro del problema reside en la efectiva privatización total de las empresas energéticas, será preciso alterar la redacción de los citados artículos del Tratado (295, en relación con el 86), con el fin de evitar que los Estados puedan eludir la privatización de las empresas energéticas” (DÍAZ LEMA, J. M., “La evolución del Derecho Comunitario de la energía: hacia la creación del mercado europeo de la energía. La falta de un regulador europeo y sus consecuencias”, *cit.*, pp. 175 ss.).

desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma”. Y su papel se ha reforzado, tras la segunda fase liberalizadora del Derecho Comunitario, como parte de las potestades de supervisión en sentido amplio que competen a la CNE en cuanto regulador del sector energético gasista y eléctrico (artículos 3.4-último párrafo de la LSH y 3.5-último párrafo de la LSE, en redacción por leyes 12/2007, de 1 de julio y 17/2007, de 4 de julio, respectivamente).

#### **A. Habilitación y contenido de las circulares**

En principio, se parte en toda esta materia de la llamada regla de la doble habilitación o habilitación concurrente<sup>428</sup>. También en el caso de la CNE es la ley la que impone la exigencia de este doble filtro para el ejercicio de la potestad reglamentaria de segundo grado (DA 11ª.tercero.1. séptima). Para el análisis de las respectivas autorizaciones normativas y de los correspondientes productos, se impone un breve repaso a las circulares aprobadas hasta el momento.

§ Durante 1999, 2000 y 2001 tuvo lugar la aprobación de circulares –primero formalmente de la Comisión Nacional del Sector Eléctrico, luego ya de la CNE- de requerimiento de información, cuyo estudio en detalle se hace en el siguiente apartado. También en 2003 y 2005 se dictaron exclusivamente circulares de este carácter.

§ La Circular 1/2002, de 21 de noviembre, aprueba el modelo de impreso de declaración de ingresos del Gestor Técnico del Sistema y por la que se comunica la cuenta bancaria para efectuar los correspondientes ingresos. Invoca como autorización la contenida en el artículo 9.3 de la Orden ECO/2692/2002, de 28 de octubre, por la

---

<sup>428</sup> Cf. GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *RAP* núm. 171 (septiembre-diciembre 2006), p. 165. Ampliamente se ha de remitir al estudio de esta cuestión en el Cap. VIII, apartado I.A. Allí, partiendo del tenor literal de los artículos 3 LBE y 15 LMV, se describen las posturas doctrinales implicadas en la cuestión. La de quienes sostienen, principalmente, que hay un problema de producción o titularidad normativa *stricto sensu*, de modo que la fuente del poder reglamentario de segundo grado es siempre la ley y que no cabe admitir, por ello, una subdelegación, sino a lo sumo una remisión normativa (esta postura de ortodoxia formal es la que defienden autores como MARTÍN-RETORTILLO, POMED, MAGIDE HERRERO y MALARET I GARCÍA). Otra parte de la doctrina se interesa más por una explicación material de lo que pretende conseguirse por el legislador al obligar a interponer este doble filtro. Como se explica en el lugar citado, no parece que estos últimos autores (FUERTES LÓPEZ respecto de la potestad normativa de la CNMV, GARCÍA ÁLVAREZ respecto de los reguladores en general a excepción de la CMT) quieran defender aquí la posibilidad de subdelegación normativa. Simplemente conciben este escalonamiento como una garantía del ejercicio de la potestad reglamentaria de segundo grado.

que se regulan los procedimientos de liquidación de la retribución de las actividades reguladas del sector gas natural y de las cuotas con destinos específicos y se establece el sistema de información que deben presentar las empresas.

§ En el año 2004 se aprobó la Circular 1/2004, de 13 de mayo, la cual cita en su propio título las normas reglamentarias que desarrolla: versa sobre la comunicación de las cuentas abiertas en régimen de depósito por la CNE a los efectos previstos en el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, Real Decreto 1802/2003, de 26 de diciembre, así como en la Orden ECO/2692/2002, de 28 de octubre. Con anterioridad, era justamente la citada Circular 1/2002 la que publicaba las cuentas de la CNE en régimen de depósito, lo que explica el tenor del artículo sexto de la Circular ahora analizada (en rigor, una disposición derogatoria): "La presente Circular deja sin efecto lo previsto en la Circular 1/2002, de 21 de noviembre, de la Comisión Nacional de Energía, a excepción de lo dispuesto en el apartado Primero de la citada Circular, en el que se aprueba el modelo de impreso de declaración de ingresos para el Gestor Técnico del Sistema".

§ Durante el año 2006, se aprobaron dos circulares normativas. La Circular 2/2006, de 30 de marzo, mediante la que se comunica la cuenta abierta en régimen de depósito por la CNE a los efectos previstos en el Real Decreto 1556/2005, de 23 de diciembre, tiene un contenido mínimo (señalar tal cuenta bancaria abierta en la sucursal de una Caja de Ahorro) y se basa en una doble autorización normativa: (i) el artículo 5 del Real Decreto 1556/2005, de 23 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 2006, relativo a la «Estrategia de ahorro y eficiencia energética en España 2004-2012: Plan de acción 2005-2007»; y (ii) la Orden ITC/763/2006, de 15 de marzo, por la que se regula la transferencia de fondos de la cuenta específica de la Comisión Nacional de Energía al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, en el año 2006, para la ejecución de las medidas del Plan de Acción 2005-2007, de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética 2004-2012 (E4), y los criterios para la ejecución de las medidas contempladas en dicho Plan.

La Circular 3/2006, de 20 de septiembre, tiene un objeto igualmente limitado: señalar la cuenta de ingreso a la que se refiere

la disposición adicional primera del Real Decreto 809/2006, de 30 de junio, por el que se revisa la tarifa eléctrica a partir del 1 de julio de 2006; cuanta que tenía por objeto cubrir el déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas generado entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2005.

§ Alguna mayor entidad tiene la Circular 2/2007, de 29 de noviembre, de la Comisión Nacional de Energía, que regula la puesta en marcha y gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. "Este Sistema –explica la Memoria de la CNE de 2007 (p. 186)- asegura la publicidad y permanente gestión y actualización de la titularidad y control de las garantías de origen generadas a partir de las mencionadas fuentes de energía. El artículo 5.1 de la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, designa expresamente a la Comisión Nacional de Energía como organismo responsable, en todo el territorio español, para la expedición de la garantía de origen de la electricidad así como para su gestión mediante un sistema de anotaciones en cuenta. Asimismo, la Disposición Final Tercera faculta expresamente a la Comisión Nacional de Energía para que, mediante circulares, establezca los procedimientos relativos a la garantía de origen que sean necesarios".

§ La Circular 1/2008, de 7 de febrero, trata sobre la información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente. A pesar de su título, no regula un requerimiento de información específico, sino la aprobación de un modelo. Explica su preámbulo en este sentido: "El artículo 110 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, en la redacción dada por el Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración, establece un sistema de información de las empresas comercializadoras o distribuidoras que vendan electricidad a clientes finales sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente. Dicho artículo, en su apartado 3, establece que la Comisión Nacional de Energía aprobará mediante Circular, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», el formato tipo que deberán utilizar las empresas distribuidoras y comercializadoras en

sus facturas, y en su caso en las facturas electrónicas, para reflejar la información detallada en el citado artículo, así como el método utilizado para el cálculo de la contribución de cada fuente energética primaria en el conjunto de la energía eléctrica suministrada por las empresas comercializadoras y su impacto ambiental asociado”.

La Circular 3/2008, de 6 de noviembre, desarrolla la disposición adicional segunda del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, en lo relativo a la liquidación de las actividades reguladas del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre. “Define las especificidades de la liquidación de aquellos distribuidores cuyo número de clientes sea inferior a 100.000 en el marco de la habilitación conferida al efecto a la CNE por la disposición adicional segunda del Real Decreto 222/2008 [de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica]” (como explica con precisión la Memoria relativa a ese año, pp. 200-201). Ha sido posteriormente modificada por la Circular 3/2010, de 17 de junio.

§ Durante 2009, se han dictado dos circulares de desarrollo de normas reglamentarias. La Circular 1/2009, de 22 de enero, es expresiva en su mismo título: *por la que se procede a actualizar la Circular 3/2008, de 6 de noviembre, por la que se desarrolla la disposición adicional segunda del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, en lo relativo a la liquidación de las actividades reguladas del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, para adaptar su contenido a lo establecido en la Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2009.*

En fin, se ha aprobado la Circular 2/2009, de 26 de febrero, por la que se regula la puesta en marcha y gestión del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte. Encuentra su habilitación en una orden ministerial dictada, a su vez, *per saltum*, directamente en desarrollo de la LSH. Dice a este respecto su parte expositiva:

“La disposición adicional decimosexta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, establece objetivos anuales de venta o consumo de biocarburantes, los cuales tienen carácter obligatorio a partir del año 2009 y alcanzan el 5,83 por ciento en 2010, habilitando al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a dictar las disposiciones necesarias para

regular un mecanismo de fomento de la incorporación de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte.

En cumplimiento de dicha habilitación, la Orden ITC/2877/2008, de 9 de octubre, por la que se establece un mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles con fines de transporte, establece la obligación de acreditación de una cantidad mínima anual de ventas o consumos de biocarburantes.

Dicha Orden, en su artículo 6, designa a la Comisión Nacional de Energía como entidad responsable de la expedición de certificados de biocarburantes, de la gestión del mecanismo de certificación y de la supervisión y control de la obligación de comercialización de biocarburantes y, en su disposición final segunda, punto 2, le autoriza a dictar las Circulares necesarias en cumplimiento de sus funciones como tal Entidad de Certificación”.

§ En 2010 ha de destacarse, con carácter normativo, la Circular 1/2010, de 25 de marzo, por la que se regulan los procedimientos de constitución, gestión y reparto del fondo de pagos compensatorios del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte

#### **B. Las llamadas circulares de información: régimen, aspectos formales y contenido**

§ La DA 11ª.tercero.4 de la LSH, en relación con la potestad de requerimiento de información –particularizada después en los términos de la Ley del Sector Eléctrico (artículo 3.5) y de la propia Ley del Sector de Hidrocarburos (artículo 3.4)- prevé que:

“La Comisión Nacional de Energía podrá recabar de los sujetos que actúan en los mercados energéticos cuanta información requiera en el ejercicio de sus funciones. Para ello, la Comisión dictará circulares, que deberán ser publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», en las cuales se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma”.

§ Un apunte particular merece, en segundo lugar, la tramitación formal que han de seguir las llamadas circulares de información. Luego se hará una breve ojeada sobre su contenido,



bastando por ahora decir que excede, a nuestro juicio, el de meros actos plúrimos dictados en ejercicio de la potestad de información<sup>429</sup>.

A dichas circulares informativas se refiere también el artículo 17 del Reglamento de la CNE cuando exige el informe preceptivo de la Abogacía del Estado en el Ministerio con carácter previo a su publicación en el Boletín Oficial del Estado; publicidad esta última que se requiere también para ellas de modo expreso por la DA 11ª.tercero.4 de la LSH (y que han reiterado los artículos 3.4 *in fine* de la misma ley y 3.5 *in fine* de la Ley del Sector Eléctrico).

Al margen de estas reglas, el problema formal que plantean estas circulares –inescindiblemente unido a la consideración, normativa o de otra naturaleza, que de ellas se tenga– es el de su propia estructura. Todas las circulares de información dictadas por la CNE hasta el año 2008 (vg. las Circulares 4/2008, de 22 de diciembre y 5/2008, de la misma fecha) finalizaban con la indicación del siguiente pie de recurso: “De conformidad con la disposición adicional undécima, número 5 del apartado tercero, de la Ley 34/1998, contra las circulares de la CNE podrá interponerse recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o recurso potestativo de reposición, previo al contencioso-administrativo ante la CNE, de conformidad con el artículo 116 de la Ley 30/1992, en el plazo de un mes”. Lo que induce a pensar en un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de destinatarios.

En cambio, la única circular de información dictada durante el año 2009, la Circular 5/2009, de 16 de julio, sobre obtención de información de carácter contable y económico financiera de las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización, tiene la estructura propia de una norma reglamentaria, no sólo en el articulado –que hasta cierto punto seguía una división similar en las circulares dictadas hasta entonces– sino en las disposiciones de la parte final (dos transitorias y, destacadamente, una derogatoria de dos circulares “informativas”

---

<sup>429</sup> Potestad en cuyo análisis suele encuadrarlas, por lo demás, la doctrina. Así, NAVARRO RODRÍGUEZ, P., *La Comisión Nacional de Energía*, cit., p. 112 (“Dejando ahora a un lado las especificidades de las Circulares de solicitud de información que, como quiera que son de carácter instrumental para poder llevar a buen puerto las funciones de vigilancia e inspección, serán abordadas en el apartado relativo a las funciones operativas de la Comisión, vamos a proceder ahora al estudio en general de la potestad normativa de la CNE”) y pp. 239 ss.

anteriores) y en el hecho reseñable de que no contiene pie de recurso alguno.

§ Interesa resaltar la evolución que han experimentado estas circulares denominadas informativas o, más propiamente, de requerimiento de información. Se sigue para ello lo explicado en las diversas Memorias de actividades, aprobadas anualmente por la Comisión, desde 1999 hasta 2009.

- Se explica, en la primera de tales memorias, que en el año 1999 se inició el procedimiento de elaboración de una Circular – todavía entonces de la Comisión Nacional del Sector Eléctrico- “sobre solicitud de información a las empresas distribuidoras de energía eléctrica respecto de aquellos de sus clientes que en el mes de julio de 2000 adquieran la condición de cualificados” (p. 57). “A lo largo del año 2000 –dice la Memoria relativa a ese año- la Comisión Nacional de Energía ha iniciado el procedimiento de elaboración de la Circular por la que se solicita la información a las empresas del sector de hidrocarburos” (p. 62), que culminó con la aprobación de la Circular 1/2001, aprobada por el Consejo de Administración de la CNE con fecha 23 de enero de 2001: “la Circular tiene por objeto solicitar, de las empresas del sector de hidrocarburos, información respecto de todas y cada una de sus actividades tanto ‘upstream’ como ‘downstream’” (p. 104). Aún en la Memoria relativa al año 2001 (publicada en 2002) se dice que esta Circular 1/2001, remitida al Ministerio de Economía el 30 de enero de 2001, no había sido objeto de publicación en el BOE. La explicación ofrecida era que el Ministerio había solicitado un estudio sobre la remisión de dicha información, pues una parte de ella ya se recibía en el Departamento por otros cauces. Al objeto de evitar molestias y duplicidades, se preparó en 2001 un borrador de colaboración entre aquél y la CNE. La información no recogida en el Convenio “se integró en una versión reducida de la Circular 1/2001” (p. 112).

- Referencias semejantes a otras circulares de requerimiento de información se contienen en las Memorias relativas a 2002 (p. 117, sobre la Circular de solicitud de información a empresas que desarrollan actividades en los mercados de gases combustibles por canalización), 2003 (p. 136, sobre la misma circular) y 2004 (p. 146, sobre la Circular 2/2004, de 10 de junio, por la que se solicita información a las empresas distribuidoras no incluidas en el ámbito

de aplicación de la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 13 de diciembre de 2001, por la que se establece el SINCRO [sistema de información y control del sector eléctrico]). Esta última circular está dotada de cierta permanencia en el ordenamiento, se dirige a "todas las empresas distribuidoras que operan en el sistema eléctrico español, excepción hecha" de las que se encuentran en el ámbito del SINCRO (apartado primero), prevé la sanción como infracción muy grave del incumplimiento de obligación de información (apartado séptimo) y establece una disposición transitoria y una entrada en vigor formal. A pesar de todo lo cual, finaliza con el pie de recurso, que indica como pertinentes el potestativo de reposición o de forma directa el recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (DA 11ª.tercero.5 LSH).

- Durante el año 2005, se aprobaron tres circulares informativas: sobre petición de información de consumidores de energía eléctrica en el mercado a los distribuidores (1/2005, de 30 de junio); sobre petición de información de consumidores de energía eléctrica en el mercado a los comercializadores (2/2005, de 30 de junio) y sobre petición de información de inversiones, costes, ingresos y otros parámetros de las instalaciones de producción de electricidad en régimen especial (3/2005, de 13 de octubre). Todas ellas tienen una estructura formal semejante, prevén un régimen de inspección y sanción, establecen una norma de confidencialidad y no contienen pie de recurso.

- La Circular 1/2006, de 16 de febrero, de la Comisión Nacional de Energía, sobre petición de información a remitir por las empresas distribuidoras de energía eléctrica a la Comisión Nacional de Energía para el establecimiento de una nueva metodología de retribución a la actividad de distribución. Regula la remisión de información necesaria para establecer la nueva metodología de retribución de la actividad de distribución. El Real Decreto 3490/2000, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para el 2001, dispone, en su artículo 8.2, que el Ministerio de Economía, hoy Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, revisará los criterios de retribución a la distribución establecidos en la citada Orden de 14 de junio de 1999. Por su parte, la Orden ITC/2670/2005 de 3 de agosto, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, determina la información que los distribuidores de energía eléctrica deben remitir a la Comisión Nacional de Energía para el establecimiento de una nueva

metodología de retribución a la actividad de distribución, facultando explícitamente a la Comisión Nacional de Energía, en su artículo 3, para establecer mediante circular el grado de desagregación y detalle de dicha información. La Circular 1/2007, de 26 de julio, actualiza los criterios de información contenidos en la Circular 1/2006.

- Durante 2008 se dictaron tres circulares de esta naturaleza: la Circular 2/2008, de 2 de octubre de 2008, de petición de información *del ejercicio 2007* a remitir por las empresas distribuidoras de energía eléctrica a la Comisión Nacional de Energía para el establecimiento de la retribución a la actividad de distribución y supervisión de la misma (tiene, como se ve, un ámbito temporal limitado y señala expresamente la posibilidad de recurso) y las Circulares 4/2008 y 5/2008, ambas de 22 de diciembre, que tienen por objeto obtener determinada información que permita a la CNE el ejercicio de las funciones de supervisión del mercado gasista que le atribuye la normativa del sector de hidrocarburos gaseosos a raíz de la reforma por Ley 12/2007.

- En 2009 cabe reseñar la aprobación de tres circulares informativas. La Circular 3/2009, de 27 de mayo, es semejante a la citada Circular 2/2008, en cuanto se dirige a la petición de información *del ejercicio 2008* a remitir por las empresas distribuidoras de energía eléctrica a la Comisión Nacional de Energía para el establecimiento de la retribución a la actividad de distribución y supervisión de la misma. Muy diferente alcance tienen las Circulares 4/2009, de 9 de julio y 5/2009, de 16 de julio. La primera regula la solicitud de información y los procedimientos para implantar el sistema de liquidación de las primas equivalentes, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. La Circular 5/2009 trata sobre la obtención de información de carácter contable y económico financiera de las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización. Ambas tienen una estructura propiamente normativa: objeto de la circular, definiciones, normas sobre diversos aspectos, disposiciones adicionales, transitorias y finales. La Circular 5/2009 es una genuina circular contable, que deroga dos circulares de la Comisión Nacional del Sector Eléctrico (Circular 4/1998, de 10 de noviembre y Circular 2/1999, de 16 de febrero) y se hace eco de las siguientes normas en su parte expositiva:

“El artículo 20 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, modificado por la Ley 17/2007, de 4 de julio, y el Real Decreto 437/1998, de 20 de marzo, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas del sector eléctrico, establecen la obligación, para las empresas que realizan actividades eléctricas, de llevar en su contabilidad cuentas separadas para las distintas actividades. En el mismo sentido, el artículo 61 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos establece esta misma obligación para las empresas que realizan actividades gasistas. Adicionalmente, establecen la obligación, para las empresas que realizan actividades no reguladas, de llevar cuentas separadas para las actividades no eléctricas ni gasistas, respectivamente, que se realicen en el territorio nacional, y de todas aquellas otras que se realicen en el exterior.

Por otra parte, el artículo 20 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y el artículo 61 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos establecen que cuando las entidades formen parte de un grupo empresarial, la obligación de información se extiende a la que ejerza el control de la que realiza actividades eléctricas o gasistas, respectivamente, siempre que actúe en algún sector energético, y a aquellas otras sociedades del grupo que lleven a cabo operaciones con la que realiza actividades en el sistema eléctrico o gasista.

(...) La Circular 4/1998, de 10 de noviembre, de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, sobre obtención de información de carácter contable y económico-financiera, determina la información que las empresas eléctricas deben enviar a la Comisión Nacional de Energía para el ejercicio de sus funciones.

La Circular 2/1999, de 16 de febrero, de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, sobre obtención de información de la «Compañía Operadora del Mercado Español de Electricidad, S.A.», determina la información que el Operador del Mercado debe enviar a la Comisión Nacional de Energía para el ejercicio de sus funciones.

Las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad y el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas, hacen necesario la adaptación de los formularios contenidos en la Circular 4/1998, de 10 de noviembre y en la Circular 2/1999, de 16 de febrero, de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico –actual Comisión Nacional de Energía.

- En fin, se han aprobado durante 2010 dos circulares de este tipo: la Circular 2/2010, de 22 de julio, de petición de información del ejercicio 2009 a remitir por las empresas distribuidoras de energía eléctrica a la Comisión Nacional de Energía para el establecimiento de la retribución a la actividad de distribución y supervisión de la misma

y la Circular 4/2010, de 4 de noviembre, por la que se establece la información a remitir a la Comisión Nacional de Energía para realizar las funciones de supervisión previstas en el Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero.

§ Hay, en definitiva, ciertas notas que acercan alguna de estas circulares –en especial, las dictadas a partir de 2009 u otras como las Circulares 1/2006, 4/2008 y 5/2008- a su calificación como normas jurídicas. Así, sus aspectos formales y la circunstancia de que están llamadas a integrarse con permanencia en el ordenamiento jurídico.

Junto a ello, sucede que, a diferencia de las circulares propiamente normativas, las de requerimiento de información encuentran un directo respaldo en la ley y quedan potencialmente abiertas a cualquier contenido y a la solicitud de información con carácter continuado. En estos términos lo han expresado las Memorias de la CNE desde la relativa al año 2000 (pp. 60-61):

"Todas las funciones de vigilancia e inspección sólo pueden ser ejercidas si se cuenta de modo instrumental con la facultad de recabar la información precisa para verificar en qué grado las conductas empresariales se acomodan a lo establecido en la Ley o en las disposiciones o resoluciones administrativas. Prueba de la importancia y facultades que se le otorgan a la Comisión en materia de solicitud de información es lo preceptuado en el párrafo 2 de mencionado apartado Tercero, 4 de la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, según el cual la Comisión "podrá realizar las inspecciones que considere necesarias con el fin de confirmar la veracidad de la información que en cumplimiento de sus circulares le sea aportada".

(...) La amplitud del poder de recabar información de la Comisión no sólo se refiere al contenido de la misma. También deja el legislador un amplísimo margen de maniobra a la hora de determinar la cronología de los requisitos y su periodicidad o no. La información puede solicitarse, caso por caso, momento por momento. Pero lo más lógico es que, además de la realización de requerimientos puntuales obviamente necesarios, se establezca con carácter general y previo, entre la Comisión y las empresas, una relación informativa de forma continuada. Para ello, es necesario que la Comisión sienta un "marco general" de sus demandas de noticias, así en el tiempo -periodicidad anual, trimestral, etcétera-, como en el objeto.

La información en el ámbito del Sistema Energético tiene otra justificación esencial, además de derivar de las funciones genéricas o específicas que tiene asignadas el regulador, descansa también en las necesidades de salvaguardar y garantizar la viabilidad del sistema y de sus instituciones. La información es más importante, sobre todo por las particularidades del Sistema Energético, en el que parte de las actividades

son reguladas y no funcionan en competencia y el resto de las mismas se están abriendo a la competencia de forma progresiva.

(...) Mientras que esta potestad de dictar Circulares en general está limitada material y formalmente, en cambio, las Circulares informativas no están reguladas con las mismas limitaciones. La potestad de dictar Circulares de este tipo se concibe como derivada directamente de la Ley, sin que sea preciso que su contenido sea concretado en normas de tipo general, o que el poder de dictar Circulares se reduzca a los casos en que la Comisión cuente con una habilitación expresa contenida en normas de desarrollo de la Ley.

Las Circulares que la Comisión aprueba para solicitar información tienen un tratamiento extenso y específico en la Ley. El legislador ha querido dar relevancia a la facultad de solicitar información de la Comisión, regulando dicha función de una forma expresa y autónoma. La Comisión tiene independencia para recabar de los sujetos que actúan en los sistemas energéticos cuanta información requiera con la única limitación de que la solicitud de información debe ir unida al ejercicio de cualquiera de las funciones que tiene encomendada la Comisión”.





**CAPÍTULO VII**  
**LA POTESTAD NORMATIVA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS**  
**TELECOMUNICACIONES**

**I. Introducción**

En el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), el origen de su posición como Administración independiente y de la nota –configuradora de esa misma independencia- de su potestad normativa, hay que buscarlo en la caracterización sectorial de su objeto y en la eventual afectación de los derechos fundamentales (singularmente, del derecho a la protección de datos) a que puede dar lugar la actividad de las telecomunicaciones y hoy más en general de las comunicaciones electrónicas<sup>430</sup>.

En otras palabras, la CMT es uno de los reguladores sectoriales de nuestro ordenamiento<sup>431</sup>. La actividad de las telecomunicaciones fue prestada en nuestro país inicialmente como un servicio público, en singular régimen de concesión a un operador privado. Ha sido nuevamente la liberalización del sector la que, no sin cierta paradoja, ha introducido ampliamente la regulación de este mercado. A su vez, esta exigencia de liberalización vino impuesta de forma expresa por el Derecho comunitario. De ahí que se hable de un marco regulatorio europeo y, en él, de las autoridades nacionales de regulación, una de las cuales es justamente la CMT.

Por otra parte, también en este campo se producen tensiones similares a las observadas en el régimen de otras actividades (energética, postal, audiovisual) entre la aplicación de la regulación sectorial específica y la general del Derecho de la competencia. Un punto crucial en todo ello lo ha representado la llamada convergencia: la convergencia orgánica entre instituciones nacionales y comunitarias –en buena parte frustrada por el fallido intento de una

---

<sup>430</sup> Esta doble vertiente la subraya CARLÓN RUIZ, M., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, *REDA*, nº 102 (abril-junio 1999), siguiendo a SALA ARQUER, J. M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2000.

<sup>431</sup> Como tal lo concibe el Anteproyecto de LES (artículo 8.1).

autoridad comunitaria en la materia-, la confluencia material entre actividades tecnológicamente similares –concepto amplio de comunicaciones electrónicas- y, en fin, la llamada convergencia funcional –que se predica precisamente de las técnicas del Derecho de la competencia aplicadas a este sector y que encuentra ciertas dificultades de instrumentación<sup>432</sup>.

Se trata de desarrollar estos aspectos, hoy candentes bajo el llamado tercer paquete regulatorio de la Unión Europea, en la perspectiva de la CMT como Administración independiente reguladora y del régimen de su potestad normativa.

## **II. La evolución histórica del sector y la aparición de los reguladores nacionales**

### **A. Los orígenes del servicio público telefónico y del monopolio estatal**

El origen histórico en este campo debe situarse en el servicio público telefónico (las comunicaciones postales han seguido una evolución diferente y por esta razón, y sobre todo por la separación actual de los reguladores, se estudian en el siguiente capítulo)<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> Desarrolla este triple aspecto de la convergencia DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo IV, *Telecomunicaciones* (dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo; coord. J. Vida Fernández); Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 661-723. Por lo demás, cuando se alude a la convergencia en este sector, suele hacerse por referencia a la que se ha denominado aquí convergencia material [DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., “La convergencia, diez años después”, *REDETI*, núm. 33 (2008), págs. 37-52 y “La regulación de las telecomunicaciones”, Lección 20ª en Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*, Comares, Granada, 3ª2004, pp. 779 ss.].

<sup>433</sup> En otros países europeos, como precisan SÁNCHEZ BLANCO y SOLER MATUTES, no sucede así. “Por ejemplo, la *Bundesnetzagentur* (BNetzA) alemana no sólo tiene competencia en telecomunicaciones sino también en correos (además de en el sector energético). También y desde el año 2005 el ARCEP [*Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes*] francés tiene funciones reguladoras sobre el sector postal y el de las comunicaciones electrónicas. En cambio, en el Reino Unido, la agencia OFCOM [*Office of Communication*], como en el caso español, no supervisa el sector postal (aunque también regula el audiovisual)” (SÁNCHEZ BLANCO, M. y SOLER MATUTES, P., “Autoridades de reglamentación y telecomunicaciones: las organizaciones públicas y su regulación. Especial referencia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo IV, *Telecomunicaciones* (dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo; coord. J. Vida Fernández); Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 187-231, p. 193).

La singularidad de este servicio público en nuestro Derecho ha sido estudiada con detalle por MUÑOZ MACHADO y puede ser aquí sucintamente recordada<sup>434</sup>. No se trata, con ello, de acumular precedentes históricos diversos y lejanos a la actual configuración del sector, sino de poner de relieve lo que pueda ser útil para la comprensión de éste y de la regulación entendida específicamente como poder reglamentario.

La primera norma sobre el particular fue el Real Decreto-ley de 16 de agosto de 1882 y no resultó favorable para una adecuada explotación del servicio, puesto que partía de su consideración como servicio público estatal que podía ser objeto de concesión durante el corto plazo de veinte años. La característica de esta primera legislación española fue su carácter titubeante, pues no se decidió abiertamente por ninguno de los dos modelos que comenzaban a surgir por aquella época. El primero era el sistema previsto por la mayoría de la legislación europea, que atribuía la gestión directa del servicio a las autoridades estatales. Por su parte, el modelo estadounidense se basaba en la atribución de la gestión a empresarios privados.

La tónica española durante finales del siglo XIX y principios del XX osciló entre estos dos extremos. Algunas regulaciones hicieron hincapié en la regulación centralizada (reales decretos de 1884, 1886 y 1890); en tanto que el Reglamento del Servicio Telefónico de 1900 optó por una especie de fórmula mixta: en las líneas urbanas explotación por el Estado y, subsidiariamente, concesión a Corporaciones locales y particulares; en las líneas interurbanas, el Estado era el único propietario y administrador. En leyes posteriores, como la de 25 de noviembre de 1908, se permite también a los municipios –concretamente a los de la provincia de Guipúzcoa– que consigan la titularidad del servicio y lo gestionen.

Esta caótica situación va a ser remediada por el Real Decreto de 25 de agosto de 1924, que termina con la diversidad de regímenes concesionales hasta entonces establecidos e implanta un modelo que puede llamarse singular, en toda la extensión de la palabra. En efecto, su artículo 1 autorizó al Gobierno para que procediese, “con excepción de las formalidades previstas en la vigente Ley de

---

<sup>434</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998.

Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, a contratar por escritura pública con la Compañía Telefónica Nacional de España la organización, reforma y ampliación del servicio telefónico nacional con arreglo a las bases aprobadas". El estudio del contrato que siguió a este real decreto sería por sí solo materia para muchas disquisiciones. Fue, en efecto, otorgado mediante escritura pública ante Notario de Madrid y se otorgó la concesión de organización y reforma del servicio a la citada Compañía, en la que tenía una participación mayoritaria una sociedad norteamericana. Haciendo abstracción del intento de anulación del contrato por el Gobierno de la República, mediante un proyecto de ley que no vería finalmente la luz, los hitos fundamentales de su desenvolvimiento fueron tres: la adquisición por el Estado de las acciones de la *International Telephone and Telegraph Corporation* (de modo que la Compañía Telefónica pasó a ser mayoritariamente de capital público); la reversión al Estado de la concesión telefónica de Guipúzcoa y la celebración de un segundo y definitivo contrato en 1946 (todo ello autorizado por el Decreto-ley de 13 de abril de 1945).

Sobre lo dispuesto en este segundo contrato, cuyas bases fueron aprobadas por Decreto de 31 de octubre de 1946, se ha venido rigiendo el servicio telefónico hasta la década de los noventa. Las notas que pueden emplearse para resumir este régimen –que, de hecho, significó la centralización de la gestión en un organismo vinculado a la Administración estatal como sucedía en todos los países europeos-, siguiendo a Muñoz Machado, son las que se exponen a continuación. *Monopolio del concesionario*, concretado en las declaraciones de la Administración de no otorgar ningún servicio similar, de rescatar de cualquier otro que viniera funcionando con anterioridad y de dejar en libertad a la Compañía para la gestión autónoma de su red –sin obligación de permitir la conexión con ninguna otra empresa o entidad. *Principios de exclusividad del servicio telefónico*, establecidos en el Reglamento del servicio telefónico aprobado por Real Decreto de 21 de noviembre de 1929. Únicamente quedan fuera de la exclusividad de la concesión en los términos expuestos las comunicaciones telefónicas entre autoridades por líneas oficiales, las prestadas por líneas de propiedad de las compañías de ferrocarriles y las instalaciones privadas dentro de un mismo edificio (artículo 2 del citado Reglamento).

Por último, creación de un *ordenamiento particular* para la Compañía Telefónica, manifestado en las bases del contrato de 1946<sup>435</sup>. Su Base 7ª le reconocía importantes beneficios tributarios, que han sido justificados en la potestad originaria tributaria del Estado mediante ley hasta una jurisprudencia del Tribunal Supremo relativamente cercana y posconstitucional<sup>436</sup>. Por el contrario, existía un importante sistema de controles establecido por el Estado. En definitiva, existía un “complejo régimen de posiciones privilegiadas y contrapesos”, diseñado al tiempo por contrato y real decreto, al modo de una norma paccionada inmodificable sin la voluntad de la empresa concesionaria, y que hizo hablar de una “congelación contractual de la norma” o de la “petrificación de las regulaciones administrativas y de las cláusulas contractuales” establecidas<sup>437</sup>.

## **B. El impulso liberalizador del Derecho comunitario**

El Derecho comunitario introdujo en esta materia la exigencia de liberalización de forma jurisprudencial, primero, y posteriormente mediante la aprobación de directivas que obligaron por vía normativa a la apertura de los tradicionales mercados monopolísticos en el sector.

Conviene recordar con algún detalle la vía por la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas impulsó por vez primera la liberalización del mercado de las telecomunicaciones, a la luz de su interpretación de las normas protectoras del Derecho de la competencia. Y ello porque lo que quedó cuestionado en el fondo fue el reconocimiento de una singular potestad normativa que existía, a favor del operador único del mercado, en el Derecho inglés. Es una

---

<sup>435</sup> La anterior exposición sigue, en parte, el trabajo de J. L. DE LA VALLINA VELARDE, sobre el *Régimen jurídico administrativo del servicio público telefónico*; instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971 (citado *apud* Muñoz Machado).

<sup>436</sup> Por lo que hace a las especialidades fiscales, cf. NIETO GARCÍA, A. y CAMPORA, J. A., *La Compañía Telefónica Nacional de España y las Corporaciones Locales*, Madrid, 1988. La mencionada jurisprudencia puede sintetizarse en la afirmación relativa a que el ámbito de la exención tributaria contenido en la Base 7ª, apartado 5, del Decreto (nacional, provincial y municipal) “no puede considerarse reducido por el artículo 140 de la Constitución porque el propio artículo 133 de ésta atribuye al Estado, mediante ley, la potestad originaria de establecer tributos” y “la Ley de 30 de julio de 1987, cuyo artículo 1 suprime el párrafo reseñado de la Base 7ª del Decreto de 21 de octubre de 1946, parte precisamente de que en la fecha de su promulgación conservaba su vigencia el régimen tributario específico de la Compañía Telefónica Nacional de España” (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993).

<sup>437</sup> Expresiones, respectivamente, de DE LA VALLINA y MUÑOZ MACHADO en los citados trabajos.

muestra más de la relevancia que, dentro de las técnicas de regulación, cabe atribuir a las que se refieren de forma específica a la producción normativa.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de marzo de 1985, *República Italiana c. Comisión (British Telecommunications)*, asunto 41/83, sentó un precedente de gran importancia. Resolvió el recurso interpuesto por la República italiana<sup>438</sup> contra una decisión de la Comisión, adoptada en el marco del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea<sup>439</sup> (abuso de posición dominante), sobre dos reglamentos de la citada entidad que tenían por objeto restringir la competencia derivada de nuevas iniciativas en el campo de la mensajería telefónica. A los efectos que ahora interesan, cabe resaltar que la decisión del Tribunal de Justicia se basó sobre los siguientes argumentos:

- Ante todo, el Tribunal aceptó la posición de la Comisión, al constatar que la actividad mediante la cual *British Telecommunications* (BT), sociedad de derecho público estatal en régimen de monopolio legal, "gestiona las instalaciones públicas de telecomunicaciones y las pone a disposición de los usuarios, constituye una actividad empresarial, sometida como tal al artículo 86 del Tratado". Y, a la luz de lo dispuesto en los mencionados reglamentos, concluyó también que "deben ser considerados como formando parte integrante de la actividad empresarial de BT". En esa medida, respaldó la apreciación de la Comisión relativa a que las restricciones que imponían eran contrarias a la prohibición de abuso de posición dominante.

- En segundo lugar, rechazó los argumentos invocados por la República italiana relativos a que el Tratado no prejuzga el régimen de propiedad de los Estados miembros (artículo 222 del Tratado CEE<sup>440</sup>) y a que, por ello, el sometimiento de las empresas públicas a un régimen de libre competencia podría afectar a las políticas de los

---

<sup>438</sup> La singularidad subjetiva del caso es recordada por MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, cit.

<sup>439</sup> Luego artículo 82 en el Tratado de la Comunidad Europea (versión del Tratado de Ámsterdam), hoy artículo 102 en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión del Tratado de Lisboa).

<sup>440</sup> Luego artículo 292 en el Tratado de la Comunidad Europea (versión del Tratado de Ámsterdam), hoy artículo 344 en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión del Tratado de Lisboa).

Estados miembros. De modo tangencial, el TJCE resolvió la cuestión afirmando que el régimen de monopolio legal de que disfrutaba *British Telecommunications* no conllevaba el de prestación de servicios anejos. Por ello, los reglamentos emitidos, no para eliminar una agencia privada que afectase a su monopolio sino para modificar las condiciones en que aquéllas podían realizar su actividad, caían dentro del enjuiciamiento de las prácticas conforme al artículo 86 del Tratado (sin que lo obstaculizase el precepto de éste relativo a la indiferencia del régimen de propiedad en los Estados miembros).

- Por último, y quizá más relevante, el Tribunal consideró que las normas de libre competencia eran de aplicación a las empresas que gestionaban servicios públicos monopolizados, sin perjuicio del cumplimiento de la misión de servicio público que aquéllas tenían encomendada (artículo 90.2). De esta forma, los principios de actuación en esta materia permitirían a la Comisión dirigir a los Estados directivas o decisiones apropiadas (artículo 90.3)<sup>441</sup>.

"Pronto aprovecharía la Comisión –dice MUÑOZ MACHADO– la doctrina de la sentencia *British Telecom*". En efecto, el *Libro verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones*, de 16 de diciembre de 1987 [COM (87) 290 final] fijó como un objetivo esencial la liberalización del sector y, entre los puntos que se entendían necesarios para la apertura a la competencia, estableció el siguiente: "[La] separación de las actividades de regulación y de explotación de las administraciones de las telecomunicaciones (...) En un entorno más abierto a la competencia, las administraciones de las telecomunicaciones no pueden, al mismo tiempo, *ejercer la potestad reglamentaria y participar en el mercado*. Esto es, ser al mismo tiempo juez y parte".

Pocos meses después, el 27 de mayo de 1988, fue aprobada la Directiva 88/301, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia de los mercados de terminales de telecomunicaciones. Impugnada por Francia, dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de marzo de 1991, *República Francesa c. Comisión*, asunto C-202/88. La relevancia de esta decisión judicial consistió, sobre todo, en que el Tribunal ratificó y amplió su doctrina

---

<sup>441</sup> Luego artículo 86 en el Tratado de la Comunidad Europea (versión del Tratado de Ámsterdam) y hoy artículo 106 en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión del Tratado de Lisboa).

sobre la virtualidad de las normas que podía aprobar la Comisión ex artículo 90 del Tratado. No se trataba, como pretendieron los recurrentes, de combatir por esta vía incumplimientos estatales de las normas sobre libre competencia, sino justamente de abrir a ésta los mercados de terminales de forma positiva y armonizada.

El paso decisivo se dio con la aprobación de las Directivas liberalizadoras de 1990 (al amparo de la competencia mencionada): la Directiva del Consejo 90/387, de 28 de junio, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones y la Directiva de la Comisión 90/388, de 28 de junio, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. De esta última cabe ahora destacar que, en el debate jurisdiccional que se planteó sobre ella (que finalizaría con la sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1992, *Reino de España y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90), el Tribunal hizo suyos los motivos expuestos en los considerandos de la Directiva. Motivos que giraban, a su vez, sobre la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 59 del Tratado, que vino a abrir, así, un nuevo frente a los llamados derechos exclusivos o especiales en la prestación del servicio. Se hacía ya referencia, como pieza clave del modelo, a una *autoridad de control*, organizada de modo que disfrute de independencia para supervisar el funcionamiento del sistema.

Las subsiguientes fases del proceso liberalizador (en esencia, las que derivan del conjunto de Directivas de 1994-1997, 2002 y 2009) conectan ya de forma inmediata con la evolución del Derecho español en la materia, cuyo estudio se aborda a continuación.

### **C. La evolución legislativa en el Derecho español**

El marco de las telecomunicaciones, que comprende hoy en general las comunicaciones electrónicas y que ha incluido históricamente las emitidas por radio y televisión (por lo cual tiene un preciso encaje constitucional en ciertos aspectos: artículos 18.3 por lo que se refiere a la protección de datos, 20.3 sobre medios públicos de comunicación y 149.1.21<sup>a</sup> en la vertiente competencial), se trató en un principio desde la analizada perspectiva del servicio público. A esta concepción respondió plenamente la Ley de Ordenación de las



Telecomunicaciones de 18 de diciembre de 1987 (modificada por las de 3 de diciembre de 1992 y 24 de abril de 1997, de liberalización de las telecomunicaciones).

Una etapa intermedia, decisiva al objeto de nuestro estudio, significó el Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones. El artículo 1 del Real Decreto-ley procedió a crear, en efecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones "como entidad de derecho público de las comprendidas en el apartado 5 del artículo 6 de la Ley General Presupuestaria", con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Fomento y que "se regirá por lo dispuesto en este Real Decreto-ley y disposiciones que lo desarrollen; así como por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el ejercicio de las funciones públicas que este Real Decreto-ley le atribuye" (apartado uno).

Los restantes apartados de este precepto establecían su objeto, las competencias a ella encomendadas y las líneas básicas del régimen de organización, encomendando al Gobierno el desarrollo reglamentario de su estructura y funciones. Creada para "salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector", se le otorgaban funciones principalmente arbitrales, de informe y asesoramiento, interpretación de los contratos concesionales en el sector y denuncia ante los servicios de inspección.

Se le asignaba también la competencia para "adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes, *dictando al efecto instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado».* El incumplimiento de estas instrucciones se considerará infracción muy grave a los efectos previstos en el artículo 33 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones" [artículo 1, apartado dos, d)].

Este primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones españolas<sup>442</sup> fue seguido por una segunda fase liberalizadora, ya en directa conexión con el proceso del mismo signo emprendido por el Derecho comunitario<sup>443</sup>. Nos referimos a la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, desarrollada por diversos reales decretos como el de 24 de julio de 1998 en materia de interconexión y el de 31 de julio de 1998 sobre el servicio universal de telecomunicaciones. Como se deduce ya de esta última denominación, la Ley concibió a las telecomunicaciones como "servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia", en tanto que sólo se apartaban de dicha consideración los servicios públicos *stricto sensu* regulados en su artículo 5 (las redes, servicios, instalaciones y equipos de telecomunicaciones que desarrollasen actividades esenciales para la defensa nacional) o los sometidos a obligaciones de servicio público (ampliamente las que se imponían, en su Título III, a "los titulares de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y [a] los titulares de redes públicas de telecomunicaciones para cuya prestación, instalación o explotación se requiera licencia individual").

#### **D. El marco jurídico actual: las Directivas de 2002 y la Ley General de Telecomunicaciones de 2003**

Agotada la etapa anterior, que siguió en buena medida un sistema empírico de modo que la regulación se fue haciendo en razón de las diversas tecnologías o soportes de las telecomunicaciones<sup>444</sup>, la Unión Europea aborda en 2002 la tarea de dar cierta visión de conjunto y forma jurídica unitaria a este sector, que se entendía ya plenamente liberalizado<sup>445</sup>. A ello responden las normas aprobadas durante tal año:

---

<sup>442</sup> Como lo denominó con toda propiedad LAVILLA RUBIRA, J. J.: "Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones españolas (Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio)", en VVAA [J. Velarde Fuertes y otros], *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996.

<sup>443</sup> Que en esta etapa se recogió en las correspondientes directivas.

<sup>444</sup> "La lógica *ad hoc* (...) es típica de las intervenciones del Legislador europeo", dice CHITI, E., "La reforma del marco institucional europeo en los sectores de la energía eléctrica y del gas y de las comunicaciones electrónicas", *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras [REDETI]*, núm. 32 (mayo-agosto 2008), pp. 11-40.

<sup>445</sup> La idea, como las que siguen, está tomada del excelente resumen que se hace en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., "Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios", en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de*

- la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco);

- la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorizaciones);

- la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso);

- la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (la Directiva servicio universal);

- junto a ellas, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas; o sobre protección de datos);

- a las que hay que unir, en fin, la Decisión 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión sobre el espectro radioeléctrico).

Como explica DE LA QUADRA-SALCEDO, partiendo de la Directiva marco, la normativa comunitaria gira "acerca de cuáles son las condiciones para entrar en el mercado (Directiva de autorizaciones) y para desarrollar su actividad en dicho mercado, ya sea en lo que hace a las obligaciones dirigidas a garantizar condiciones de competencia en el uso de las redes (Directiva de acceso), ya sea en lo que hace a la garantía de cobertura de toda la población para que acceda a una serie de servicios mínimos con una calidad garantizada y a precios asequibles (Directiva de servicio universal). Y todo ello en el respeto

---

*la regulación económica*, tomo IV, *Telecomunicaciones* (dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo; coord. J. Vida Fernández); Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 661-723.

a la normativa de protección de datos que presenta en las comunicaciones electrónicas algunas singularidades que deben ser tenidas en cuenta (Directiva de protección de datos)”<sup>446</sup>.

En transposición de estas normas, se aprueba en nuestro Derecho la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT). Por lo que hace al ámbito, las telecomunicaciones comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1.21.<sup>a</sup> de la Constitución (artículo 1.1). En esencia, el sistema sigue pivotando sobre la consideración las telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia; si bien ahora la imposición de obligaciones de servicio público podrá recaer sobre los operadores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, o que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia (artículo 2, apartados 1 y 3).

Interesa destacar del marco regulatorio de 2002-2003 lo relativo a la posición que desempeñan las llamadas autoridades nacionales de regulación. En especial, se perfila ya en estas directivas lo que se ha denominado convergencia funcional entre las autoridades nacionales de regulación y los órganos de defensa de la competencia. “La Comisión Europea se percató enseguida –dice DE LA CUADRA-SALCEDO- de que la diferencia existente entre los mecanismos de intervención *ex post* –los propios del Derecho de la competencia- y los nuevos instrumentos de intervención *ex ante* –los propios de los sectores liberalizados- si bien eran diferentes en cuanto a la forma y al momento de imposición de obligaciones y el modo de vigilar su cumplimiento, no dejaban de responder a los mismos objetivos: garantizar la existencia de una competencia real”. De ahí, continúa diciendo el mismo autor, que la gran novedad de la Directiva marco consistió en dejar claro que el sector se rige por un principio de libertad, ajeno a interferencias administrativas, y que sólo excepcionalmente, cuando no existan condiciones de mercado, pueden imponerse obligaciones *ex ante* “cuyo número y alcance estaría determinado por el fin a conseguir; y en ese sentido los

---

<sup>446</sup> *Ibidem*, p. 669.

medios puestos a disposición de tal consecución debían ser adecuados y proporcionados”<sup>447</sup>.

Sobre esta convergencia funcional se volverá después ampliamente. Baste decir que constituye, a nuestro juicio, la piedra de toque de la regulación del mercado en términos de efectiva libertad y que en torno a ella han tenido lugar acercamientos doctrinales muy diferentes.

En efecto, desde una perspectiva eminentemente iusprivatista, la coordinación con las técnicas de regulación con las del Derecho de la competencia –la que se ha llamado convergencia funcional– se ve como susceptible de producir disfunciones en el marco jurídico en cuestión. Un buen exponente de esta postura se encuentra en el trabajo de VELASCO SAN PEDRO, en la misma obra colectiva antes citada<sup>448</sup>. Se parte de que ambas ramas del ordenamiento, si es que puede concebirse como tal a la regulación pública, tienen orígenes históricos y objetivos muy diversos. “Nunca fue su finalidad [del Derecho de la competencia] el proteccionismo, y de ahí su cierta incompatibilidad con la regulación, hasta que ésta, como consecuencia de la liberalización, tuvo también la finalidad de abrir los sectores regulados a la competencia”<sup>449</sup>.

La otra convicción de fondo en que se basa esta postura es que la regulación puede contribuir a paliar los fallos del mercado, “particularmente los asociados a las redes o infraestructuras de telecomunicaciones, y que por elevadas inversiones que haya que efectuar, no resulta rentable replicar, por lo que presentan las características propias de los *monopolios naturales*, que sólo pueden romperse mediante el acceso regulado de otros operadores”<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 670.

<sup>448</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo IV, *Telecomunicaciones* (dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo; coord. J. Vida Fernández); Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 725-757.

<sup>449</sup> *Ibidem*, p. 741. No se comparte esta visión en cierto modo reduccionista de la regulación, como intervención pública con fines históricamente proteccionistas, la cual –en la actual coyuntura de liberalización– hubiera mutado su naturaleza para hacerse ahora defensora y aun promotora de la competencia. Se entiende más bien, con SÁNCHEZ ANDRÉS entre otros, que un mínimo de regulación es de esencia a cualquier mercado, justamente para fijar las reglas en las que aquél puede desenvolverse. Con todo, esta discrepancia no obsta para apreciar la matizada crítica que se hace en este trabajo a la excesiva confianza en la coordinación entre ambos tipos de instrumentos normativos.

<sup>450</sup> *Ibidem*, p. 731. *Vid.* DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., “La regulación de las telecomunicaciones”, Lección 20ª en ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico*

Por ello, se llega a la conclusión de que uno de las disfunciones regulatorias es justamente el incierto encaje entre las previsiones del Derecho *antitrust* y las que derivan de la regulación sectorial. Así, al tratar de las políticas tarifarias y el estrechamiento de márgenes entre precios, pone de relieve el citado autor los problemas relativos a "conductas que habiendo sido autorizadas por el regulador, finalmente puedan resultar sancionadas por la autoridad de la competencia"<sup>451</sup>. Sobre esta cuestión ofrecen un claro ejemplo, dice, "las sanciones impuestas a *Deutsche Telekom* y *Telefónica* por la Comisión Europea en aplicación del Derecho de la competencia, en relación con el llamado estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*), sin que sirviera de cobertura el control preventivo ejercido a este respecto por los correspondientes reguladores nacionales". Y concluye: "para ser claros, o sobra el regulador, o sobra la actuación de la autoridad de la competencia en este tema. Los precios o son libres, con el único sometimiento a las reglas de la competencia, o están intervenidos"<sup>452</sup>.

Ésta sigue siendo, con todo, la cuestión central. Como se verá en el apartado siguiente, la revisión de las Directivas comunitarias en 2009 trae consigo un considerable aumento de las posibilidades de intervención de las autoridades nacionales de reglamentación (artículos 8 a 13 bis de la Directiva marco). Muchas de ellas siguen considerándose imposición de obligaciones con carácter previo, a fin de fomentar la competencia (vg. la separación contable o las obligaciones de control de precios y contabilidad de costes). Sin embargo, hay un significativo aumento de la posibilidad de control posterior y, en particular, por lo que hace a la posibilidad de proponer la llamada "separación funcional".

El fondo del asunto se refiere al replanteamiento mismo del modelo y a la subsistencia de la confianza en que puede haber un mercado no necesariamente monopolístico o de oligopolio en este sector. En efecto, a diferencia de lo que sucedía históricamente –los operadores tradicionales gestionaban una única red y debían por ello permitir el acceso de terceros–, existe ahora la posibilidad en línea de

---

(*Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*), Comares, Granada, <sup>3</sup>2004, pp. 779 ss., sobre el carácter presuntamente artificial, a su juicio, de estos "monopolios naturales".

<sup>451</sup> Algo que encaja, como no deja de notar VELASCO SAN PEDRO, en la problemática propia de la prohibición del *bis in idem* (págs. 737 ss.).

<sup>452</sup> *Ibidem*, pp. 734-735.

principio de apertura de nuevas redes. Por ello, se cuestiona la justificación de la técnica de la puesta a disposición de nuevos operadores de forma neutral.

“En definitiva, la separación funcional, que no necesariamente tendría que comportar la prohibición a terceros de tender nuevas redes, parece partir del presupuesto de que no es posible lograr la competencia en redes y, por tanto, lo que se busca es que la red existente sea puesta a disposición de todos los prestadores de servicios de forma neutral, en el sentido de que no se beneficien los servicios del titular de la red respecto a los operadores alternativos que prestan, también, servicios sobre esa red o que quieren disponer de la misma con base en ofertas mayoristas (...). Tras diez años de liberalización de las telecomunicaciones, parece que seguimos planteándonos los mismos problemas. La cuestión es que la iniciativa privada ha sido invitada a ejercer su libertad de empresa y, ahora, la cuestión consiste en saber si tal libertad es, en realidad, posible desde el punto de vista económico”<sup>453</sup>.

#### **E. La revisión de los reguladores en las normas comunitarias de 2009 y el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas**

Las Directivas antes enumeradas han sido objeto de una amplia modificación por el denominado paquete regulatorio de 2009, en la línea que se acaba de apuntar. Cabe citar en este sentido las siguientes normas:

- La Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

---

<sup>453</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios”, *cit.*, págs. 664-665 (en general sobre la separación funcional), 688-692 (sobre esta técnica como parte de la política sobre el espectro radioeléctrico) y 720-723 (a modo de conclusión y tomando pie de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009, la cual define los mercados relevantes; y en cuyos dos votos particulares puede advertirse la desconfianza hacia el actual modelo regulatorio de la que se habla en el texto).

- La Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

- El Reglamento (CE) 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina.

En especial este último Reglamento interesa ahora, por lo que se afecta a las autoridades nacionales de reglamentación. En este punto, la tendencia del Derecho comunitario iba claramente en la línea, no sólo de conceder mayores atribuciones a los reguladores nacionales de carácter independiente, sino también de crear una auténtica autoridad comunitaria en la materia. Sin embargo, la figura de la Autoridad Europea del Mercado de las Telecomunicaciones chocó con una fuerte oposición en el Parlamento Europeo, de forma que se renunció a ella en la forma que se pretendía. El resultado ha sido un reforzamiento de los poderes de la Comisión en este ámbito como regulador comunitario por antonomasia y la previsión de una estrecha coordinación con los reguladores nacionales. No ha culminado así el paso del modelo llamado por CHITI de concierto regulatorio europeo a otro en el que estuviesen integradas las autoridades nacionales (a diferencia de lo que ha sucedido en el ámbito de la energía)<sup>454</sup>. Simplemente se ha dado paso a una mayor formalización del Grupo de Reguladores, a través del ahora llamado Organismo de Reguladores Europeos. Se refieren a este proceso los considerandos 5 y 6 del citado reglamento comunitario:

---

<sup>454</sup> *Vid.* sobre todo ello CHITI, E., “La reforma del marco institucional europeo en los sectores de la energía eléctrica y del gas y de las comunicaciones electrónicas”, *cit.*, que se hacía eco de la entonces formulada Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas, COM (2007) 699 final, de 13 de noviembre de 2007 (p. 13). DE LA QUADRA-SALCEDO explica por su parte que la propuesta modificada de la Comisión, aceptando una buena parte de las enmiendas del Parlamento, tampoco llegó a suscitar consenso (cf. “Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios”, *cit.*, p. 662).



“El Grupo de entidades reguladoras europeas realizó una contribución positiva hacia la coherencia de la práctica reguladora facilitando la cooperación entre las ANR, y entre estas y la Comisión. Este planteamiento destinado a mejorar la coherencia entre ANR mediante el intercambio de información y conocimientos derivados de la experiencia práctica ha resultado fructífero en el breve plazo transcurrido desde su aplicación. Será menester continuar e intensificar la cooperación y la coordinación entre ANR para proseguir la realización del mercado interior de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Para ello es necesario reforzar el Grupo de entidades reguladoras europeas y darle realce en el marco regulador de la UE como Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE). El ORECE no debe ser ni una agencia de la Comunidad ni tener personalidad jurídica. El ORECE debe reemplazar al Grupo de entidades reguladoras europeas y actuar como un foro exclusivo para la cooperación entre las ANR entre sí y entre las ANR y la Comisión en el ejercicio de todas sus responsabilidades con arreglo al marco regulador de la UE. Debe actuar como punto de referencia y generar confianza en virtud de su independencia, la calidad de su asesoramiento e información, la transparencia de sus procedimientos y métodos de funcionamiento, y su diligencia en el desempeño de sus tareas”.

### **III. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones**

Tras la convalidación del antes citado Real Decreto-ley 1/1996 por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, el artículo 1 de ésta recogió las notas fundamentales de este organismo, modificando algunos aspectos relativos a la composición del Consejo. Con posterioridad, fue derogada esta norma por la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, cuyo artículo 48 regula la Comisión del Mercado de las

Telecomunicaciones<sup>455</sup>. Por su parte, la disposición adicional décima de la 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado menciona a la CMT entre los organismos públicos que se rigen “por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley”.

En el plano reglamentario, han de tenerse en cuenta el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre<sup>456</sup> y el Reglamento de régimen interno de la entidad, aprobado mediante Orden del Ministro de Fomento de 9 de abril de 1997 y que, en virtud de resoluciones internas de la Comisión publicadas ex artículo 52.1 de la Ley 30/1992 –esto es, con la publicidad propia de las disposiciones administrativas-, ha venido siendo objeto de textos consolidados, hasta el últimamente aprobado por Resolución de 20 de diciembre de 2007.

Este panorama normativo ha venido a ser definitivamente perfilado por la LES, al ser la CMT uno de los organismos reguladores a los que resulta de aplicación dicha ley (artículo 8.1), estableciendo el apartado 3 de tal precepto su régimen en términos generales, que ya ha sido descrito en lo sustancial *supra* en el Capítulo III, apartado V, letra E. Sobre el inciso del mencionado artículo 8.3 LES relativo a que será de aplicación a cada uno de dichos organismos reguladores “su legislación específica, en lo que no resulte afectado por la presente ley”, notó el Consejo de Estado que “en futuras modificaciones de las normas –de la ahora proyectada o de las leyes específicas de cada organismo regulador- el juego de prevalencia de una u otra norma será el que resulte de los criterios generales, sin que quepa ver en el primer inciso de este apartado una afirmación de la superior jerarquía de dicha Ley” (dictamen número 215/2010, ya citado).

---

<sup>455</sup> La disposición transitoria octava de la Ley 32/2003 mantiene en vigor “las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales que le atribuye [a la CMT] la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en la misma, en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual”. Norma que remite al artículo 1.dos de la Ley 12/1997, en los términos que después se verán.

<sup>456</sup> “Norma dictada ‘a caballo’ entre el Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio y la Ley 12/1997, de 24 de abril, y que sólo por eso debería haberse ya revisado”, decía en su día SALA ARQUER, juicio que sería hoy aún más pertinente tras la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones en el año 2003 (cf. SALA ARQUER, J. M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, cit., p. 25).

Al mismo tiempo, la disposición final trigésima cuarta modifica la LGT introduciendo las precisiones tendentes a reforzar la independencia de este organismo –la mayor parte de ellas por remisión al régimen genérico de la LES-, en la línea que se estudia a continuación.

#### **A. Aspectos orgánicos y funcionales de su independencia**

**§** La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “estará regida por un Consejo, al que corresponderá el ejercicio de todas las funciones establecidas en el apartado anterior. La organización de la Comisión y del Consejo, la aprobación y contenido del reglamento de funcionamiento interno, las funciones asignadas al Consejo, al Secretario y al Presidente del organismo, que también lo será del Consejo, la composición del Consejo, nombramiento, mandato, renovación, causas del cese, funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo y del Secretario serán las previstas en la Sección III, del Capítulo II, del Título I de la LES” (artículo 48.5 LGT).

Ello significa –como en el caso de la CNE- la transformación de algunas notas de su organización actual: del órgano colegiado compuesto por Presidente, Vicepresidente y siete consejeros hasta el momento, el Consejo de la CMT pasará a contar con el Presidente y seis consejeros. El nombramiento de todos ellos se llevará a cabo “por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos. La comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado” (artículo 13.1 LES).

Su mandato será por seis años, sin posibilidad de reelección y quedarán sujetos al “régimen de incompatibilidad de actividades establecido para los altos cargos de la Administración General del Estado en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y en sus disposiciones de desarrollo, así como en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen

Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado”; así como a la prohibición de “ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con el sector regulado” durante los dos años posteriores a su cese (artículo 15, apartados 2 y 3, de la misma Ley).

El artículo 35.1 del Reglamento de la CMT preveía ya que “el Presidente y el Vicepresidente cesarán en su cargo por renuncia aceptada por el Gobierno, expiración del término de su mandato o por *separación acordada por el Gobierno, previa instrucción de expediente por el Ministro de Fomento*, por incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, incumplimiento grave de sus obligaciones, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida”. Fue debatido en su momento si la separación del cargo se consideraba una causa autónoma más o, por el contrario, se trataba de un supuesto genérico –mejor aún, de la formalización de cualquiera de ellos- que sólo podía tener lugar por alguna de las causas tasadas. Esta última interpretación, coherente con el *telos* de la institución, parece la más acertada<sup>457</sup>. “De este modo, dice en otro orden de consideraciones CARLÓN RUIZ, se logra la neutralización política de este órgano –al menos desde el punto de vista orgánico- a través de una combinación peculiar de los dos posibles medios para lograrlo: elección de los miembros por las Cortes Generales o nombramiento gubernativo, pero sin facultad de revocación incondicionada”<sup>458</sup>.

§ Junto a las garantías orgánicas de independencia, se encuentran las funcionales: además de la autonomía de gestión de personal y patrimonial, se hace constar expresamente la inexistencia de recurso de alzada impropio (artículo 48, apartado 12, de la Ley General de Telecomunicaciones: “las disposiciones y resoluciones que dicte la Comisión en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en la Ley reguladora de dicha jurisdicción”) y –aunque tradicionalmente se decía que no quedaba delimitado propiamente un ámbito libre de

---

<sup>457</sup> En línea con SALA ARQUER y LAVILLA RUBIRA, en los trabajos ya citados.

<sup>458</sup> CARLÓN RUIZ, M., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, *cit.*, pp. 248-249.

instrucciones ministeriales<sup>459</sup>- hoy hay que entenderlo así ex artículo 9.2 LES.

El carácter de autoridad independiente puede predicarse así como constitutivo de este organismo regulador. De hecho, esa doble faceta puede explicar ampliamente su naturaleza y actividad, como lo ha resumido CALVO DÍAZ: la CMT como autoridad independiente y como autoridad sectorial<sup>460</sup>. Si la segunda nota explica bien algunas singularidades de sus competencias –con el correlato de su poder reglamentario–, interesa destacar ahora el peso de lo organizativo en su consideración como Administración independiente.

A este respecto, se entienden como garantías básicas dos decisiones de organización: la colegialidad y la separación entre instrucción y decisión. Aquella se refiere a la actuación de la CMT a través de su órgano colegiado externo por antonomasia, el Consejo y se liga a la autonomía patrimonial. La separación entre fases instructoras y decisorias se colige de la aprobación de su reglamento de régimen interior y conecta, en último término, con una “estructura interna que combina equilibradamente la colegialidad en el órgano supremo de decisión y la organización jerárquica necesaria para el funcionamiento eficiente de toda organización” (Consejo, Presidente, Secretario son los órganos que concretan esa estructuración en la norma interna)<sup>461</sup>.

§ Por último, es de destacar la garantía funcional que supuso para la independencia, desde el primer momento, la declaración de autonomía frente a los operadores –lo que se ve ya en la separación de las funciones de regulación y explotación, a que aludía el Libro Verde de la Comisión de 1987- y a la que ha venido a unirse, en las normas más recientes, la separación respecto del poder político de los Gobiernos subrayada por los artículos 8.3 y 9.1 LES: “aquel concepto inicial, más limitado, de la independencia vendría a quedar integrado también por la separación entre las competencias de determinación

---

<sup>459</sup> SALA ARQUER, *cit.*, p. 24, aunque hoy este último aspecto es exigido formalmente por las Directivas comunitarias, como se ve a continuación en el texto.

<sup>460</sup> CALVO DÍAZ, G., “Diez años de experiencia regulatoria. La CMT”, *REDETI*, núm. 33 (septiembre-diciembre 2008), pp. 13-36. “La independencia, ordenada a garantizar la imparcialidad y objetividad de sus decisiones –dice la autora- (...) y el carácter sectorial, derivado de la especificidad del marco regulatorio diseñado, cuyos objetivos (...) resisten mal la identificación unívoca con aquéllos típicos de la regulación de mercados maduros” (p. 15).

<sup>461</sup> CALVO DÍAZ, G., “Diez años de experiencia regulatoria. La CMT”, *cit.*, p. 18.

del marco regulatorio, responsabilidad de aquél, y su administración autónoma, competencia propia de las autoridades nacionales de regulación”<sup>462</sup>.

## **B. Funciones y potestades**

El artículo 48.4 de la Ley General de Telecomunicaciones hace el elenco de funciones de la CMT “en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley”: función arbitral, asignación de numeraciones, las que le corresponden en relación con el servicio universal, de resolución de conflictos, informe preceptivo, denuncia, asesoramiento, inspección y ejercicio de la potestad sancionadora, etc.

De ellas debe destacarse ahora la recogida en el artículo 48.4 de la Ley 32/2003, apartado e), que reza así:

*“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:*

1. Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el Boletín Oficial del Estado.
2. Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.
3. Ejercer la competencia de la Administración General de Estado para interpretar la información que en aplicación del artículo 9 de

---

<sup>462</sup> *Ibidem*, p. 16.

esta Ley le suministren los operadores en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas”.

La función señalada constituye, sin duda, una de las de mayor importancia entre las que se atribuyen legalmente a la CMT. Podía considerarse aún más relevante tal y como estaba inicialmente concebida, esto es como figuraba en el original artículo 1, apartado dos.2.f), de la Ley 12/1997: *“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado»”*.

En otras palabras, la ley por la que se creó este organismo regulador hacía explícita la relación entre la función esencial relativa a la salvaguarda de la libre competencia y la potestad normativa de la CMT. No sólo eso, sino que –como notó ya certeramente SALA ARQUER– esta última se entendía como potencialmente abierta o ilimitada, mientras que, a partir de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (ley que varió la redacción, haciéndola similar a la actualmente vigente), el poder normativo quedó como limitado a los objetos para los que expresamente atribuía su ejercicio la ley. “El ámbito de las instrucciones vinculantes, decía el citado autor, queda, de este modo, notablemente reducido. La CMT no ostenta ya un poder reglamentario sobre cualquier cuestión que afecte a la libre competencia en las telecomunicaciones, sino exclusivamente a uno de estos cuatro supuestos (...). Por esta vía, se recorta la potestad normativa de la Comisión; pero este recorte no se produce en beneficio del Tribunal de Defensa de la Competencia –que carece de toda potestad reglamentaria–, sino del Ministro de Economía, que es el Departamento con competencia específica en ese ámbito de las telecomunicaciones. Curiosamente, el intento de delimitar las competencias generales y sectoriales en materia de defensa de la competencia, redundará aquí en una ampliación de las

competencias del órgano matriz –el Ministerio de Economía- en detrimento de las de una autoridad independiente”<sup>463</sup>. Sobre ello se volverá al tratar de los límites específicos de esta potestad reglamentaria.

En efecto, la promoción y protección de la competencia, hoy a través de esos cuatro concretos objetivos, constituye la esencia misma de esta autoridad sectorial, como la denomina CALVO subrayando esta función. Es de destacar, por lo demás, que los preceptos legales dedicados al objeto de la CMT aluden al fomento de la competencia en los mercados de telecomunicaciones en términos singulares. Así, el artículo 48.3 de la Ley General de Telecomunicaciones se refiere a que “la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las *obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones* y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”. Parece, por ello, que parte de una situación de competencia en el campo de las telecomunicaciones –de modo que al operador le restaría únicamente la intervención (imposición de obligaciones) en dicho mercado- mientras que sigue encomendando su promoción en el sector audiovisual.

Sobre la base de esta norma, lo que parece claro es que la CMT, como de nuevo apunta CALVO, evolucionó “desde su configuración embrionaria como órgano casi exclusivamente arbitral, hacia una amplia atribución de las capacidades regulatorias que el proceso liberalizador requería”<sup>464</sup>. A su vez, dichas funciones de

---

<sup>463</sup> SALA ARQUER, *cit.*, p. 60. En todo caso, en cuanto al fondo de la cuestión, no puede estimarse como casual que la ley encargada de delimitar con más precisión las funciones –generales del Derecho de la competencia, sectoriales de esta concreta regulación pública- fuera la que llevó a cabo ese efectivo recorte de las potestades (según la dualidad de GALLEGU ANABITARTE, que retoman con todo acierto en esta materia tanto CARLÓN RUIZ como el propio SALA ARQUER; cf. GALLEGU ANABITARTE *et al.*, *Derecho Administrativo. I. Materiales*, Madrid, 1996, págs., 96 y sigs.). En efecto, la cuestión de fondo en este sector, y aun en toda regulación pública, sigue siendo la del encaje de sus prescripciones e instrumentos con el Derecho *antitrust*. Antes se apuntó a propósito de la evolución del Derecho comunitario y se insistirá en ello seguidamente, como característica definidora de la posición misma de la CMT. Se trata de una idea crucial sobre la que ha de volverse una y otra vez, en diferente perspectiva.

<sup>464</sup> *Ibidem*, p. 23.



regulación plantearon el problema de su encaje con el Derecho de la competencia, el cual –antes de su definitiva incorporación por el Derecho comunitario a través de las autoridades nacionales de regulación– fue resuelto por vía jurisprudencial (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006, FJ 6). “La cuestión *pro futuro* –concluye la citada autora– es ahora la consideración de la adecuación de las herramientas del Derecho de la competencia para el cumplimiento de los fines de la regulación sectorial (...). Las singularidades competitivas de los mercados de comunicaciones electrónicas requieren de un tratamiento que no puede garantizarse mediante la simple aplicación de las normas horizontales de la competencia. Son mercados que todavía están evolucionando desde un régimen tradicional de monopolio y en los que la competencia en infraestructuras condiciona, en buena medida, el grado de sostenibilidad de la competencia en servicios, en el medio y largo plazo (...). Siendo herramientas de primera utilidad [regulación sectorial *ex ante*, Derecho de la competencia *ex post*] está aún pendiente la tarea de integración entre unas y otras”<sup>465</sup>.

Finalmente, a esta función le corresponde, casi como correlato necesario, la capacidad normativa como primera técnica de regulación. Esta conexión se hace visible en el propio artículo 48.3.e) de la Ley General de Telecomunicaciones, y en sus tres diferentes subapartados. Así, se establece que “a estos efectos” (salvaguarda de la pluralidad de oferta; del acceso a redes; de la interconexión y explotación en red abierta; de la política de precios y libre comercialización de servicios) la Comisión *podrá ejercer la potestad normativa*, que con detalle se analiza a continuación. A estos mismos efectos, colaborará con las autoridades de defensa de la competencia, poniendo en su conocimiento los actos, acuerdos, prácticas o conductas que puedan lesionar aquélla, comunicando los elementos de hecho a su alcance y remitiendo, en su caso, “dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos”. En fin, para lograr ese objetivo, ejercerá la competencia de interpretación de la información que pueda ser requerida a los operadores económicos “en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas” (subapartado 3 del precepto

---

<sup>465</sup> *Ibidem*, pp. 34 y 35.

comentado, en relación con el artículo 9 de la Ley General de Telecomunicaciones).

### **III. Las circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**

#### **A. La extensión de la potestad de dictar circulares**

Llama la atención, ante todo, la diferente caracterización de las reglas que podrá dictar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los tres grupos de normas que actualmente la rigen: el artículo 48.3.e), función 1ª, de la Ley General de Telecomunicaciones; el artículo 20 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1994/1996 y el artículo 26 de su Reglamento de Régimen Interior (RRI, en lo sucesivo) aprobado por Orden del Ministro de Fomento de 9 de abril de 1997 y consolidado –según se vio– por Resolución del Consejo de la CMT de 20 de diciembre de 2007.

Los tres coinciden en establecer que la CMT podrá dictar instrucciones “dirigidas a los operadores que actúen en el sector de las comunicaciones electrónicas” y que aquéllas “serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el ‘Boletín Oficial del Estado’” (por emplear los términos de la ley). Y las dos normas de inferior rango precisan que tales instrucciones “recibirán la denominación de «Circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones»”.

Difieren, en cambio, en cuanto a la extensión de esta potestad. Mientras que la ley y el RRI establecen que este poder podrá ejercerse “sobre las materias indicadas” o “en el ejercicio de las funciones” que le encomienda la ley (en ambos casos por referencia a la salvaguarda de “la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios”), el artículo 20 Reglamento de 1996 hace todavía referencia a que la Comisión podrá dictar instrucciones “para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en relación con los extremos señalados”. Ello tiene una clara

explicación cronológica en la secuencia de aprobación de las distintas normas, como se ha visto, y habrá oportunidad de volver sobre el tema más adelante.

## **B. Habilitación y contenido**

§ La característica que quizá se haya destacado más de la potestad reglamentaria de la CMT es que ésta –a diferencia de lo que es usual en las atribuciones normativas de este tipo– se le otorga directamente por ley (hoy por la Ley General de Telecomunicaciones), sin que sea precisa la intermediación o habilitación reglamentaria, ni por Real Decreto ni por Orden del Ministro, para ejercer esta potestad caso por caso.

En la doctrina han subrayado esta singularidad SALA ARQUER<sup>466</sup> y GARCÍA ÁLVAREZ<sup>467</sup>.

El primero considera, partiendo de la jurisprudencia constitucional de la STC 135/1992 y haciendo suyas las críticas de MENÉNDEZ REXACH a dicha sentencia<sup>468</sup>, que esta nota pone de relieve la existencia consciente de dos modelos en la atribución de potestad reglamentaria a las llamadas Administraciones independientes<sup>469</sup>. Un primer modelo sería el seguido en el caso del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y después ampliamente generalizado, que podría encuadrarse en lo que la citada sentencia del Tribunal Constitucional denominó con imprecisión “delegación” o “desconcentración” de la potestad reglamentaria del Gobierno en órganos inferiores cuando así fuera requerido por la especialización técnica de la materia. Mientras que el segundo modelo, seguido justamente por la CMT y a partir de 1999 por el Consejo de

---

<sup>466</sup> SALA ARQUER, J. M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, cit.

<sup>467</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *RAP* núm. 171 (septiembre-diciembre 2006), pp. 139-179.

<sup>468</sup> MENÉNDEZ REXACH, A., “La potestad reglamentaria”, en GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, en *VVAA* (dir. O. Alzaga Villaamil), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo VIII, arts. 97-112, Edersa, Madrid, 1998, pp. 177 ss.

<sup>469</sup> Precisa este autor que prefiere denominarla reglamentaria y no simplemente normativa, para remarcar que se trata de potestad normativa general y *ad extra*, por contraposición a lo que sucede con las circulares internas y órdenes de servicio, que son igualmente normas jurídicas, pero producto de una potestad normativa inferior de la Administración “que se distingue justamente por esa limitación de su eficacia a la esfera interna de la propia Administración” (nota 41, pp. 74 y 75, con cita de MORENO REBATO, M., “Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico”, *RAP* núm. 147 [1998]).

Seguridad Nuclear, sería el de conceder directamente la potestad normativa por la ley pero hacerlo, a cambio, acotando el ámbito material sobre el que podría desenvolverse dicho poder de dictar normas.

Esta tesis, aunque altamente explicativa de la intención histórica del legislador al optar por uno u otro sistema, no es a nuestro juicio enteramente convincente. Y ello porque simplifica en exceso la realidad de las cosas. En efecto, como se estudió con detalle en los capítulos precedentes, las normas dictadas hoy por el Banco de España, por la CNMV y aun por el ICAC en el ámbito de la supervisión financiera, no puede decirse que desarrollen siempre –y menos, que lo hagan por delegación- reales decretos del Gobierno u órdenes ministeriales.

Cierto que en la casi totalidad de los supuestos es posible encontrar una habilitación “formal”, por así decir, en normas intermedias de rango reglamentario que ampare dicha regulación. Pero en rigor las circulares normativas de estos entes dependen directamente de la ley –y no sólo, por cierto, de la Ley de Autonomía del Banco de España, de la Ley del Mercado de Valores o de la de Auditoría de Cuentas, sino de numerosas normas legales dictadas al efecto<sup>470</sup>- y establecen normas en el ámbito concedido por dichas leyes, normas que no pueden estimarse como “desarrollo” o ejecución de los reglamentos gubernamentales en la materia.

Existe en definitiva, en el fondo, un ámbito de autonomía normativa o espacio concedido por la ley semejante al que se predica por el mencionado autor respecto del llamado “segundo modelo” de producción normativa por las Administraciones independientes. También, en rigor, pensamos que su justificación es idéntica en ambos casos y no responde a la delegación o desconcentración de la potestad reglamentaria del Gobierno, sino a la atribución y ejercicio

---

<sup>470</sup> E incluso en no pocos casos proceden directamente a transponer el Derecho comunitario europeo.

Nótese además que lo que se dice en el texto encuentra, al menos, un claro supuesto de aplicación cuando las leyes establecen una habilitación *per saltum* al organismo supervisor para regular ciertos aspectos. Pero, más allá de esos casos, pensamos que es irreal sostener que las circulares financieras o contables “ejecutan” los reales decretos del Gobierno o las órdenes del Ministro. Éstos deben contener, en puridad, las líneas esenciales o principios inspiradores de la regulación, pero la ojeada a las normas dictadas por estos entes confirma que la mayor parte de las habilitaciones se conceden prácticamente en blanco o en materias de cariz marcadamente técnico que encuentran sus claves en la propia regulación autónoma de estos organismos.

por órganos inferiores de la potestad reglamentaria "de acuerdo con la Constitución y las leyes", extendiendo a estos organismos la regla prevista en el artículo 97 de la Constitución para la potestad reglamentaria originaria de aquél (según la explicación, precisamente, llevada a cabo en su día por MENÉNDEZ REXACH a propósito de la STC 135/1992).

Por lo demás, hecha esta digresión sobre la diversidad sólo aparente del sistema seguido por la CMT, ha de decirse que SALA ARQUER extrae todas las consecuencias de esta opción del legislador. En efecto, sostiene que "este segundo modelo, seguido en el caso de la CMT, de delimitar un ámbito funcional y atribuir dentro del mismo una potestad normativa no necesitada de habilitaciones previas, es sin duda más acorde con el estatuto de autonomía real propio de estos organismos reguladores. Y, desde el punto de vista de las relaciones Ley-Reglamento, permite explicar mejor el funcionamiento jurídico de la potestad", ya que "en definitiva lo determinante es la distribución de la potestad reglamentaria operada por la Ley"<sup>471</sup>.

En consecuencia, hay auténtica potestad reglamentaria externa o frente a terceros (luego veremos la cuestión del ámbito subjetivo), de modo que, precisa SALA, la Ley atribuye directamente a la CMT dicha potestad "bien que circunscrita (...) a una materia que en definitiva constituye la cifra y resumen de todas sus funciones: salvaguardar la libre competencia en el mercado. Pero ciertamente, dentro de dicho ámbito -y a diferencia de los supuestos antes señalados- la CMT ostenta una potestad reglamentaria atribuida *ex lege*, de tal modo que el resultado de la misma (...) no se configura como un producto normativo subordinado a otras disposiciones previas, dictadas por el Gobierno o el Ministerio de Fomento"<sup>472</sup>. Lo que deja planteado también el problema que podríamos llamar del ámbito objetivo de este poder.

Por su parte, GARCÍA ÁLVAREZ entiende que la potestad reglamentaria de la CMT constituye una excepción en cuanto al modo de inserción de los productos normativos de las Administraciones independientes en el sistema de fuentes. Así, frente a la regla general que atribuye aquélla sólo "cuando una norma reglamentaria de rango superior, aprobada mediante Real Decreto u Orden Ministerial les

---

<sup>471</sup> *Ibidem*, pp. 73-74.

<sup>472</sup> Cf. *ibidem*, pp. 74 y 72-73.

encomiende expresa y específicamente el desarrollo de un aspecto concreto del régimen jurídico del sector cuya supervisión tienen asignada”, la CNE en un caso concreto –al dictar las circulares de requerimiento de información- y la CMT en línea de principio tienen otorgada esta potestad directamente por la ley<sup>473</sup>.

Es más, en el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, destaca el citado autor, “la excepción a las reglas generales ha existido, desde el momento de creación de la CMT, en una doble vertiente: la atribución se hacía directamente por la ley, pero no se extendía a la totalidad del sector supervisado, sino a algunos aspectos concretos del mismo, bien es cierto que bastante amplios”<sup>474</sup>. Así pues, resalta la especificidad de su ámbito objetivo y se detiene también –con consecuencias mucho más destacables- en la limitación del ámbito subjetivo de sus destinatarios.

Dice, en efecto, que la regulación de la potestad reglamentaria de la CMT “podría plantear dudas de constitucionalidad”, al no necesitar de habilitación reglamentaria interpuesta, y lo resuelve afirmando que “en este caso la constitucionalidad de esta atribución legal se apoyaría en la existencia de una relación de especial sujeción, la que vincula a los operadores de telecomunicaciones con el ente regulador, términos que habrían sido dados por buenos por la Audiencia Nacional en su sentencia de 23 de octubre de 2001”. Después se analizarán con detalle las sentencias de la Audiencia Nacional (la citada y otra posterior del año 2004) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en parte las confirma, al objeto de conocer el razonamiento en que se fundamentan. Baste ahora con indicar que GARCÍA ÁLVAREZ considera que existe una gran similitud entre lo decidido por el Tribunal Supremo en estos supuestos y la jurisprudencia que en su momento explicó la base legal de ciertas potestades del Banco de España en el caso “Banco de Navarra”<sup>475</sup>.

---

<sup>473</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *RAP* núm. 171 (septiembre-diciembre 2006), pp. 161 y 163.

<sup>474</sup> *Ibidem*.

<sup>475</sup> Cfr. *ibidem*, p. 166 y Capítulo VII, apartado I.A.3. Más allá de las consecuencias que se extraen de esta apreciación, que no se comparten según se explica en el texto, consideramos que la intuición es de gran utilidad al mostrar los recelos que existen a la hora de constatar una potestad directamente concedida por ley –lo que, se dice, parecería poner a los productos normativos en pie de igualdad con los emanados por el Gobierno al amparo del artículo 97 de la Constitución.

En efecto, GARCÍA ÁLVAREZ hace explícita esta conexión de fondo, tanto al traer a colación la argumentación del caso “Banco de Navarra” como al decir que “el origen de la fórmula [de la ‘doble

De esta jurisprudencia infiere el mencionado autor que el Tribunal Supremo ha aceptado aparentemente sin reservas la postura de la Audiencia Nacional sobre la relación de especial sujeción<sup>476</sup>, de modo que según estas sentencias, y generalizando la tesis, "parece partirse de un requisito adicional para que una atribución legal directa, es decir, sin necesidad de habilitación reglamentaria interpuesta, pueda hacerse válidamente a favor de una autoridad administrativa como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la existencia de una relación de especial sujeción, como era en el caso la existencia de un mercado regulado al que sólo se puede acceder mediante la obtención previa de un título administrativo específico"<sup>477</sup>.

En otras palabras, a pesar de la singular formulación legal en el caso de la CMT, sostiene GARCÍA ÁLVAREZ que es indiscutible en este campo el principio de jerarquía normativa en estos claros términos: "no es admisible que el Gobierno se pueda ver privado de la posibilidad de dictar normas reglamentarias en un ámbito determinado en función de la atribución de tal potestad a otra entidad *por ley ordinaria*. No es constitucionalmente posible restringir una potestad reglamentaria originaria como es la que, en el artículo 97 de la Constitución, se atribuye al Gobierno. En consecuencia, es preciso entender que las normas emanadas de la potestad reglamentaria de cualquier organismo regulador están jerárquicamente subordinadas a los reglamentos del Gobierno, tanto si la ley sectorial lo establece expresamente como si no [con citas de FERNANDO PABLO en tal sentido]. No es admisible en Derecho español la creación de un ámbito reglamentario sustraído al principio de jerarquía normativa"<sup>478</sup>.

---

habilitación' o 'habilitación concurrente'] está en las dudas de constitucionalidad que, por relación al artículo 97 de la Constitución, planteaba la atribución de potestad reglamentaria a entidades como el Banco de España, lo que se saldó con una disposición que recortaba o limitaba la potestad reglamentaria de la que venía disfrutando el Banco Central" (p. 61; cfr. *supra* Capítulo VII, apartado I.A.4).

Por último, las conclusiones que se derivan por el autor están en la línea de la jerarquía normativa, como se estudia a continuación en el texto: no restricción del ámbito reglamentario del Gobierno y superioridad en cualquier caso de los reglamentos de éste, que determina la ilegalidad de las circulares de la CMT contrarias a aquéllos (pp. 164-167).

<sup>476</sup> Si bien precisa que la sentencia del alto tribunal no se pronuncia expresamente sobre este aspecto (p. 165).

<sup>477</sup> *Ibidem*.

<sup>478</sup> *Ibidem*, pp. 164-165. Las citas en apoyo de esta postura son las de FERNANDO PABLO, M., *Derecho general de las Telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998, p. 170; y del mismo autor, "El poder

Más adelante, respalda esta conclusión con lo resuelto precisamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004, que anuló parcialmente una circular de la CMT por infringir un reglamento aprobado por Real Decreto<sup>479</sup>.

§ Por lo que hace al contenido de las circulares de la CMT, cabe hacer una rápida ojeada a las dictadas hasta el momento<sup>480</sup>:

- La Circular 1/1997, de 13 de noviembre, versa sobre la utilización de números cortos para la comercialización de servicios en competencia.

Hace referencia en su preámbulo a las obligaciones de no discriminación impuestas por el Derecho comunitario: "La Directiva 95/62/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 13 de diciembre de 1995 impone, en su artículo 21, a los Estados miembros obligaciones tendentes a garantizar que los recursos de numeración se asignen de forma objetiva, no discriminatoria, proporcionada y transparente. Igualmente, la Directiva 96/19/CE de la Comisión por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE, en lo relativo a la instauración de plena competencia en los mercados de telecomunicación, refuerza la obligación a la que se hace referencia anteriormente".

Se trataba, pues, como dice SALA, "de evitar una situación de discriminación que sufrían los operadores de valor añadido, frente al operador dominante y sus filiales"<sup>481</sup>.

---

regulador en el mercado de las Telecomunicaciones", en VVAA [coord. F. Sosa Wagner], *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2853-2894.

<sup>479</sup> *Ibidem*, pp. 166-167.

<sup>480</sup> No se hará referencia a las circulares ya derogadas ni a las modificativas de otras anteriores. Se mencionarán, en cambio, las circulares 1/1998 y 1/1999, objeto de anulación total y parcial, respectivamente, por sentencias del Tribunal Supremo (aun cuando la última de ellas ha sido derogada en su totalidad por otra posterior).

<sup>481</sup> SALA ARQUER, J. M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, cit., p. 75.

El carácter puramente coyuntural de esta regulación se hace explícito en la misma parte expositiva de aquélla: "Solamente el operador dominante y el segundo operador disponen en la actualidad, como concesionarios de la explotación de la R.T.B., de los denominados números cortos, vinculados al servicio telefónico básico y a ciertos servicios de interés público. La utilización en exclusiva por parte de dichos agentes del mercado de un recurso escaso y de gran eficacia comercial para desarrollar su política de ventas sitúa al resto de los competidores en una posición de desventaja relativa, que afecta a su capacidad para competir en igualdad de condiciones".



- La Circular 1/1998, de 30 de julio, fue dictada en materia de campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio.

En una razonada y precisa sentencia que luego será objeto de comentario, el Tribunal Supremo anuló esta circular, por entender que procedía a una "definición vinculante, abstracta y a priori –esto es, sin referencias a unos determinados hechos ya producidos, respecto de los cuales la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hubiera tenido que ponerlos en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia– de un subtipo o modalidad de lo que no es sino una conducta sancionable a título del artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia [abuso de dominio]". Por ello, se estimó contraria al artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, precepto que "permitía [a la CMT] imponer «medidas» concretas y singulares, con la finalidad expresada, mediante instrucciones vinculantes para los operadores, pero no delimitar con carácter abstracto las conductas de éstos que serían sancionables a título de la Ley 16/1989 como modalidades específicas de su artículo 6".

- La Circular 1/1999, de 4 de noviembre, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicación Fijas.

Como se ha dicho, fue anulada mediante sentencia del Tribunal Supremo en un extremo menor (apartado 7º, relativo a los plazos de preasignación), por contradecir lo dispuesto por el artículo 19.2 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio.

Con posterioridad, fue derogada por la Circular 1/2001, de 21 de junio, abrogada a su vez por la Circular 2/2009, de 18 de junio, a la que después se hará referencia.

- La Circular 2/2003, de 26 de septiembre, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia.

Formalmente, se ampara en "la habilitación competencial prevista en el artículo 1.Dos.2.f, de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y en el artículo 20 del Reglamento de la Comisión, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre".

Desde el punto de vista de su contenido, es claro por lo demás que está en conexión –y hasta podría decirse que lo desarrolla- con lo dispuesto por el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. E igualmente conecta con lo dispuesto por las órdenes ministeriales de 14 de octubre de 1999 sobre condiciones de suministro de información relevante para la prestación del servicio de atención de llamadas a través del número 112 y de 26 de marzo de 2002, por la que se establecen las condiciones de prestación de los servicios de consulta sobre números de abonados.

Es de destacar que, por la materia que aborda, la circular incide en el derecho a la protección de datos, como recuerda el último párrafo de su preámbulo: "se especifican en la presente Circular los términos que regirán el suministro y acceso a la información, las obligaciones de las entidades que aportan y reciben esos datos, así como, el resto de medidas consideradas precisas para salvaguardar la competencia efectiva y asegurar la adecuada explotación de los servicios de directorio y de los servicios de emergencia 112, con la debida sujeción a la legislación vigente en materia de Protección de Datos".

- La Circular 1/2004, de 27 de mayo, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en las tramitaciones de preselección de operador (modificada por las circulares 2/2009, de 18 de junio y 2/2010, de 16 de diciembre).

Esta norma, que finaliza con la singular advertencia de que "tiene carácter imperativo" (apartado noveno, sobre el carácter de la circular), "pretende únicamente –aclara su exposición- la regulación entre operadores respecto de la tramitación de solicitudes de preselección de operador. Queda al margen, por tanto, de la

normativa relativa a la contratación telefónica aplicable entre operadores y usuarios, la cual se registrará por su normativa específica y de la normativa sobre protección de datos de carácter personal de obligado cumplimiento para los operadores y entidades verificadoras”.

Se basa, por lo demás, en la habilitación competencial prevista en el artículo 48.3.e.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en el artículo 20 del Reglamento de la Comisión, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

- La Circular 1/2008, de 19 de junio, sobre conservación y migración de numeración telefónica (modificada por la Circular 3/2009, de 2 de julio).

Esta circular es la primera de las que se presentan como más acabadas desde el punto de vista de su estructura normativa. Dotada, en efecto, de un extenso preámbulo dividido en diecisiete apartados, su parte dispositiva consta de nueve ordinales, una disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y una final sobre entrada en vigor.

La disposición transitoria precisa una serie de fechas relativas a los procedimientos administrativos operativos entre operadores para la portabilidad de los números telefónicos móviles y a la necesaria comunicación a la CMT de los planes de migración desde el anterior sistema. Autoriza, a su vez, ampliamente, al Consejo de la CMT para modificar tales fechas mediante Resolución que se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

La derogatoria contiene una norma de derogación tácita (de “cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la misma”) y, en particular, deroga la Circular 2/2004, de 15 de julio, sobre la conservación de la numeración. “Asimismo –añade–, queda sin efecto la causa de denegación por el operador donante cuando el abonado se encuentre con el servicio suspendido o interrumpido, establecida en el artículo 5.1.5 de la Especificación Técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración geográfica y de red inteligente en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas”.

Por lo que hace a su contenido, cabe llamar la atención sobre el establecimiento de principios al amparo de normas de rango legal. Dice, en esta línea, el apartado 14 del preámbulo lo siguiente:

"(...) La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información incorpora una serie de innovaciones en materia de facturación electrónica y de refuerzo de los derechos de los usuarios.

En concreto, en el artículo 2 de dicha Ley se establece que, sin perjuicio de la utilización de otros medios de comunicación a distancia con los clientes, las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica deberán facilitar a sus usuarios un medio de interlocución telemática que, mediante el uso de certificados reconocidos de firma electrónica, les permita la realización de trámites, como la contratación electrónica de servicios, la modificación y finalización o rescisión de los correspondientes contratos. Dentro de esta categoría de empresas se encuentran las que prestan servicios de comunicaciones electrónicas a consumidores, siempre que cumplan una serie de condiciones establecidas en la misma Ley.

Pues bien, con arreglo al cumplimiento de los objetivos enumerados en la legislación mencionada, la Circular incluye un principio general de fomento del desarrollo de soluciones técnicas que faciliten a los abonados la tramitación de sus solicitudes de portabilidad mediante vías de comunicaciones electrónicas, como pudiera ser por ejemplo la contratación *on-line*, en aras de simplificar los trámites a los consumidores, siempre que se mantengan todas las garantías de cumplimiento de sus derechos de acuerdo a la normativa vigente".

- La Circular 1/2009, de 16 de abril de 2009, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración.

De la lectura de su título se desprende ya que esta circular viene a incidir, siquiera sea tangencialmente, en las relaciones con los consumidores.

Se refiere, ante todo, a la Circular 1/2004 y destaca cómo aquélla "extendió al ámbito de la preselección la modalidad de contratación verbal, muy habitual para contratar otros servicios de telecomunicaciones, y respondió a las reiteradas demandas de los operadores alternativos para facilitar los mecanismos de preselección y fomentar el cambio de operador".

Explica a continuación que, "teniendo en cuenta la evolución y acogida favorable que ha tenido el consentimiento verbal mediante

verificación por terceros en la tramitación de solicitudes de preselección, esta Comisión entiende que su aplicación a las solicitudes de portabilidad fija y móvil, así como a los servicios mayoristas regulados en el marco de la Oferta de Bucle de Abonado (OBA) y de la Oferta de Banda Ancha de Acceso Indirecto (OIBA), podría resultar beneficiosa para incorporar una mayor flexibilidad en los trámites que un operador debe seguir para tramitar una solicitud en este tipo de servicios”.

En definitiva, y según resulta con claridad de los apartados 5 y 6 de su parte expositiva, la Circular puede decirse que se dicta al amparo de lo previsto –respectivamente para portabilidad y servicios mayoristas regulados- por los artículos 18 de la Ley General de Telecomunicaciones y 44.2 Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (Reglamento de Mercados); y por los artículos 13 y 7 de la mencionada ley y el Reglamento de mercados.

Con esta base, la norma regula “la tramitación de solicitudes de contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como de portabilidad, *a partir de la manifestación de un consentimiento verbal por parte del abonado*. En concreto, el consentimiento verbal será de aplicación en los siguientes casos: (i) solicitudes de portabilidad fija (ii) solicitudes de portabilidad móvil (iii) solicitudes de cancelación de portabilidad fija/móvil (iv) solicitudes de alta o traspaso de servicios mayoristas de acceso desagregado o indirecto con portabilidad asociada y (v) solicitudes de alta o traspaso de servicios mayoristas de acceso desagregado o indirecto sin portabilidad” (apartado 7 de su preámbulo y anexos sobre cuestionarios de verificación e información a remitir a la CMT).

- La Circular 2/2009, de 18 de junio de 2009, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas.

De nuevo al amparo de las normas antes analizadas, esta circular resulta de una extraordinaria complejidad, al dictar reglas dirigidas a los operadores de acceso y a los operadores beneficiarios de la preselección (apartados séptimo y octavo) y otras directamente referidas al abonado (apartado quinto, sobre su consentimiento, que

establece en su numeral 1 que "el cambio de operador por preselección se iniciará previo consentimiento escrito o verbal del abonado" y que "el consentimiento verbal del abonado se llevará a cabo a través de la verificación del mismo por un tercero independiente, siempre y cuando haya cumplido todas y cada una de las condiciones y plazos establecidos en la Circular 1/2004, de 27 de mayo, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en las tramitaciones de preselección de operador").

Deroga cuatro circulares anteriores de los años 2002 y 2003 y dos apartados de la mencionada Circular 1/2004.

Con todo, su mayor complejidad deriva de lo dispuesto en su apartado decimosegundo, con el siguiente tenor (en lo referente al "carácter de la circular"):

*"Los apartados primero al decimosegundo, inclusive, las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta y quinta, las disposiciones transitorias primera y segunda, derogatoria y final, los apartados 7.1, 7.2 y 7.3 del Anexo II y los anexos I y V, tienen el carácter de norma imperativa.*

*Los procedimientos administrativos para la preselección de operador, que se adjuntan como Anexo II a la presente Circular, salvo los citados apartados 7.1., 7.2 y 7.3, el sistema de información y consulta que se adjunta como Anexo III, y el sistema de gestión de incidencias que se adjunta como Anexo IV, deberán aplicarse de modo subsidiario en defecto de acuerdo entre los operadores. A tal efecto, si en el plazo de diez días hábiles contados desde la fecha de solicitud de las negociaciones, las partes no alcanzaran un acuerdo al respecto o si con anterioridad se hubieran agotado las posibilidades de acuerdo, los procedimientos para la preselección de operador recogidos en el Anexo II de la Circular, el sistema de información y consulta recogido en el Anexo III, y el sistema de gestión de incidencias recogido en el Anexo IV se aplicarán automáticamente. Las disposiciones imperativas de la presente Circular serán de aplicación inmediata a los acuerdos de preselección concluidos por los operadores beneficiarios y el operador de acceso antes de la entrada en vigor de la presente Circular".*

- La Circular 1/2010, de 15 de junio, se refiere por último a las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas.

## **CAPÍTULO IX**

### **EL CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR**

#### **A. Sentido y evolución histórica de esta Administración independiente**

##### **A. Introducción**

La justificación del Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) está íntimamente ligada a la primera etapa de la creación de este tipo de entidades en nuestro Derecho, que tuvo lugar en el año 1980 basada en diversas motivaciones<sup>482</sup>. En el procedimiento legislativo que condujo a la Ley 15/1980, de 22 de abril, por la que se crea el Consejo de Seguridad Nuclear, se produjo un debate a fondo –quizá el mayor en sede parlamentaria sobre estas materias– acerca de la conveniencia de constituir a este organismo como independiente respecto de la Administración General del Estado<sup>483</sup>.

De hecho, la atención doctrinal a las Administraciones independientes tomó en buena parte como modelo justamente el seguido por el Consejo de Seguridad Nuclear.

SALA ARQUER, en el primer estudio de estas entidades en nuestro Derecho, señaló ya que, dentro de las Administraciones independientes por motivos técnico-económicos, junto a algunas “en

---

<sup>482</sup> Cf. GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *RAP* núm. 171 (septiembre-diciembre 2006), pp. 153 ss. En el caso del Banco de España, la Ley 30/1980 trató de dotar de autonomía al Banco Central como figura de larga tradición en nuestro ordenamiento. Mientras que las leyes 4/1980 y 15/1980, de creación del Ente Público Radiotelevisión Española y del Consejo de Seguridad Nuclear, respectivamente, pretendieron una neutralización de la gestión técnica encomendada a estos organismos.

Sobre “la razón política, inequívocamente coyuntural” que caracterizó aquel momento histórico, necesitado de negociación entre las diversas fuerzas gubernamentales y parlamentarias, a la búsqueda de un “plus de legitimidad social (...) más allá de la legitimidad política inherente a la simple mayoría”, cf. por todos FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre las llamadas Administraciones independientes”, en VVAA, *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, pp. 428-429.

<sup>483</sup> Aun cuando las Resoluciones del Congreso de los Diputados que promovieron su creación hablasen de independencia respecto de la Administración *Central* del Estado, fórmula que recogió el artículo 1 de la Ley 15/1980 (y que ha seguido vigente con notoria imprecisión hasta su reforma por Ley 33/2007), como ya advirtiese tempranamente LÓPEZ RAMÓN, F., “El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente”, *RAP* núm. 126 (1991), p. 196.

camino hacia la independencia", se encontraba un caso típico "que podría inscribirse perfectamente en la categoría schmittiana de la 'neutralidad de los expertos'". Se refería precisamente al Consejo de Seguridad Nuclear, creado por Ley 15/1980, de 22 de abril y cuyo Reglamento se aprobaría por Real Decreto 1557/1982, de 30 de abril. "La nota de la independencia, recogida ya en el primer artículo de la ley, y reiterada luego en varias ocasiones, no es una concesión semántica, ni una imprecisión del legislador. Por el contrario, la cuestión de la independencia frente al Gobierno fue, a lo largo de la tramitación parlamentaria del proyecto, el eje en torno al cual giraron los debates, el punto clave de la ley. (...) El telón de fondo de esa inusitada preocupación por la independencia de un organismo administrativo era y es bien conocido: una opinión pública alarmada por campañas anti-nucleares, sensibilizada por el entonces reciente accidente de Harrisburg, etc. Sólo así se explica el fenómeno de la desconfianza de los políticos *respecto del propio poder político legitimado democráticamente*, y la exaltación de los valores de la 'competencia científica', de la 'autoridad' y el 'prestigio', que caracterizaron los debates de la ley".

Más adelante se decía que igualmente eran "inusitadas" las garantías de dicha independencia, estatutarias, financieras y funcionales. Entre estas últimas, su carácter de único organismo competente en materia de seguridad nuclear, el carácter vinculante de los informes denegatorios de una concesión, sus relaciones directas con las Cortes Generales y su independencia respecto de la Administración del Estado. "Lo cual, a mi juicio, tiene un contenido muy claro –concluía el citado autor–: el Consejo se encuentra exento de instrucciones o directivas gubernamentales, y por supuesto de cualquier otro medio más intenso de control. Es un 'ámbito libre de control ministerial'. Y ello tiene también una consecuencia obligada: el Gobierno no es responsable ante el Parlamento en relación con las cuestiones referentes a la seguridad nuclear"<sup>484</sup>.

---

<sup>484</sup> SALA ARQUER, J. M., "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", *REDA* 42 (abril-junio 1984), pp. 415-417. Seguramente, al igual que se ha dicho respecto del debate parlamentario, en pocas ocasiones se han extraído consecuencias tan claras acerca del significado de una Administración independiente. Llama la atención, en particular, dos notas: una – subrayada en el texto por nosotros –, sobre la renuncia hecha por las propias Cámaras legitimadas democráticamente en pro de la autoridad técnica que se entendía en este campo irrenunciable; otra, recalcada por el autor, relativa a que la exención de instrucciones o directivas del Gobierno comporta la falta de responsabilidad de éste ante el Parlamento en esta materia.



Por su parte, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, en un trabajo que trataba simplemente de encauzar el debate abierto sobre las Administraciones independientes (y que a nuestro juicio lo conseguía, o debía haberlo hecho, con éxito), apuntó que en aquel momento, el año 1994, la justificación de cada una de las cuatro llamadas entidades independientes seguía caminos bien diferentes. Esta tesis, si se quiere tónica o particularista, era el primero de los puntos de partida del estudio: "Cada uno de estos cuatro supuestos [RTVE, Banco de España, CSN y CNMV] apunta a explicaciones de distinto signo". A su vez, se predicaba un déficit de teorización respecto del Banco de España que podría hoy ampliarse hasta constituir una segunda nota común al conjunto de estos organismos. En fin, tampoco parecería exagerado hacer extensivas hasta el presente lo que entonces se presentaban como líneas conclusivas: que la creación de "agencias" de este carácter conlleva que se otorguen a aquéllas potestades típicas de una Administración "a la francesa", sin que ello implique para un jurista europeo el descubrimiento de un Mediterráneo; y que su creación y eventual generalización – entendiendo por ésta un paso más conciente que el simple proliferar de hecho de estas entidades- habría de pasar por un triple filtro: exigencia de la realidad con aval del consenso social; neutralización basada en un valor constitucionalmente relevante y modulación, que nunca llegue a ser ruptura, de los vínculos de unión entre Gobierno y Parlamento<sup>485</sup>.

---

Otra característica que se destacó fue la siguiente: "Aparece así un organismo atípico en nuestra organización administrativa. A primera vista, su regulación lo acerca al ámbito de la administración consultiva: una especie de 'Consejo de Estado nuclear'. Ciertamente, tanto la Ley 15/1980 como el Reglamento de 1982 están más que inspirados en la Ley reguladora del Consejo de Estado; pero es claro –y basta examinar las competencias enumeradas en el artículo 2 de la Ley para darse cuenta de ello- que el Consejo es también un órgano con facultades decisorias importantes. Estamos, por tanto, ante un organismo híbrido, en el que las funciones consultivas aparecen confusamente mezcladas con las ejecutivas, en la mejor tradición de nuestra Administración sinodial" (*ibidem*, p. 416).

Sin negar esta influencia, es claro que la posición constitucional de ambas instituciones es muy diferente, pues el Consejo de Estado se encuentra directamente previsto por el artículo 107 de la Constitución ("el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia"), se concibe como órgano de relevancia constitucional (SSTC 56/1990, de 29 de marzo [FJ 37] y 204/1992, de 26 de noviembre [FJ 2]) y respecto de él se puede decir incluso que la Constitución "ha asumido la existencia de esta institución multisecular, engarzándola en la estructura orgánica del Estado y definiéndola como el supremo órgano consultivo del Gobierno (artículo 107 CE); y es muy significativo que, al dar esa definición, se ponga el verbo en presente ("El Consejo de Estado es...") y no en futuro, como decía la Constitución de Cádiz ("Habrá un Consejo de Estado..."). El Consejo de Estado no debe su existencia a la Constitución, pero sí le debe la garantía de su continuidad, su rango y algunas de sus funciones" (Memoria del Consejo de Estado del año 1992, p. 88).

<sup>485</sup> Cf. *in extenso* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Reflexiones sobre las llamadas Administraciones independientes", *cit.*

Lo que ahora se quiere destacar es que el CSN se presentaba, en este esquema de pensamiento, como un ejemplo acabado. En efecto, "el tema del uso pacífico de la energía nuclear es, no hace falta decirlo, extraordinariamente polémico en las sociedades actuales y lo es, además, con unas connotaciones enormemente singulares en la medida en que las posturas antinucleares no son privativas de un determinado partido, ni se vinculan exclusivamente a una ideología. (...) Son sencillamente generales y están difundidas sin excepción por todo el cuerpo social (...)". Y de esta realidad social se derivaba su transformación jurídica: "Las exigencias constitucionales de imparcialidad y objetividad (artículo 103 de la Constitución), aquí exacerbadas por una demanda social que las reclama con particular intensidad, y los requerimientos específicos que en materia medioambiental derivan del propio artículo 45 de la Constitución aportan también una 'justificación' de la solución elegida, que, en cualquier caso, no hay que olvidar a la hora de valorar la ortodoxia constitucional de dicha solución"<sup>486</sup>.

Con posterioridad, generalizada hasta cierto punto la figura de las Administraciones independientes, la relevancia del CSN ha cobrado nuevo auge, sobre la base de los conceptos ya más decantados de la regulación económica –con claras influencias del Derecho comunitario– y a propósito del debate sobre la energía nuclear como parte del sector de la energía eléctrica. Es claro que el análisis a fondo de este marco regulatorio excede del marco del presente trabajo, si bien no puede dejar de aludirse a él para su comprensión cabal. De otro lado, el reconocimiento de la potestad normativa a la CSN, que puede calificarse de pionero al menos en cuanto a su formulación explícita<sup>487</sup>, también ha sido objeto de cierta atención a raíz de la reformas de la Ley 15/1980 llevadas a cabo por las leyes 14/1999, de 4 de mayo y 33/2007, de 7 de noviembre.

### **B. Ojeada a la evolución legislativa en materia nuclear**

"La existencia de una verdadera regulación nuclear en España se produce (...) con la creación a través del Decreto Ley de 22 de octubre de 1951 de la Junta de Energía Nuclear", que asume las

---

<sup>486</sup> *Ibidem*, pp. 431-432.

<sup>487</sup> De hecho, como se vio, el Banco de España venía ejerciendo desde tiempo atrás competencias de este tipo mucho antes de la LORBE. Cf. *supra* Cap. VII, apartado I *in extenso*.

principales competencias y potestades administrativas en la materia, y que significa, en línea con la tendencia internacional de la época, una “*publicatio* sobre el sector energético nuclear” entendiendo por tal “reserva al Estado de las distintas aplicaciones [de dicha energía], preocupación por la investigación, estructuración de un marco organizativo, control militar y secreto sobre los avances que se van produciendo”<sup>488</sup>.

Posteriormente, dice de nuevo MORALES PLAZA a quien seguimos fundamentalmente en esta ojeada histórica, “la legislación desde 1955 hasta 1980 en materia nuclear en España intentó el fomento de los usos pacíficos de la energía nuclear con especial incidencia en la construcción de un parque de centrales nucleares que pudiera absorber una cuota importante de la producción eléctrica española”. En este contexto se encuadra la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear, que tiene por objeto, al decir de su artículo 1: “a) establecer el régimen jurídico para el desarrollo y puesta en práctica de las aplicaciones pacíficas de la energía nuclear y de las radiaciones ionizantes en España, de manera que se proteja adecuadamente a personas, cosas y medio ambiente; b) regular la aplicación de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en materia de energía nuclear y radiaciones ionizantes”.

La creación del Consejo de Seguridad Nuclear se llevó a cabo, como se ha visto, por la Ley 15/1980, que tuvo su origen en la Resolución adoptada por el Pleno del Congreso de los Diputados, en las sesiones de los días 27 y 28 de julio de 1979, con ocasión de la aprobación del Plan Energético Nacional. Se proponía en ella la “remisión al Congreso, antes del 30 de septiembre, del proyecto de ley de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, cuya misión será evaluar y controlar el diseño, construcción y operación de las instalaciones nucleares y radiactivas, segregando las funciones que, en este campo, realiza actualmente la Junta de Energía Nuclear. El

---

<sup>488</sup> Las citas son de MORALES PLAZA, A., *La regulación nuclear globalizada*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 360, que a su vez, remite en el último punto a AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J. M., *Derecho nuclear*, Comares, Granada, 1999. En cualquier caso, la aludida noción de “*publicatio*” difiere de la que se usa con propiedad en el ámbito del servicio público. Aquí parece que se quiere decir intervención estatal, en el más amplio sentido, en el campo de la energía nuclear.

Consejo de Seguridad Nuclear se configura como organismo independiente de la Administración Central del Estado”<sup>489</sup>.

Nota destacable de su creación fue la de estar directamente inspirado en la experiencia norteamericana de la *Nuclear Regulatory Commission*, cuya fuerza ejemplar había sido tempranamente puesta de relieve por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, el cual hizo hincapié en elementos tales como su situación externa a la línea departamental, su estructura colegiada, el carácter general del ámbito de sus competencias –dentro de esta concreta materia- y las funciones a ella encomendadas de carácter consultivo, de control, así como “sus mismas posibilidades reglamentarias”<sup>490</sup>. Elementos todos ellos que quedaron reflejados en el debate parlamentario sobre la figura<sup>491</sup>.

### C. La influencia de la regulación comunitaria e internacional

En el tiempo transcurrido desde su creación, el CSN no ha sido ajeno a la evolución experimentada por los llamados organismos reguladores y, en este sentido, se ha hecho patente en él la influencia tanto del Derecho comunitario como del Derecho internacional sobre la normativa que rige la energía nuclear.

Por lo que se refiere a la primera de las influencias apuntadas, dos directivas son fundamentales a este respecto: la Directiva 2006/117/EURATOM del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativa a la vigilancia y al control de los traslados de residuos radiactivos y combustible nuclear gastado; y la Directiva 2009/71/EURATOM del Consejo, de 25 de junio de 2009, por la que se establece un marco comunitario para la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares.

Cabe destacar que el artículo 5 de la Directiva de seguridad prevé que “los Estados miembros establecerán y mantendrán una

---

<sup>489</sup> Resolución publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 3 de agosto de 1979, Serie G, Número 1-II, pp. 43-44.

<sup>490</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Energía nuclear y Derecho. Problemas jurídico-administrativos*, IEP, Madrid, 1963, p. 63; *apud* LÓPEZ RAMÓN, F., “El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente”, *cit.*, p. 196.

<sup>491</sup> Cf. sobre las diversas posturas de este debate BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 102-103.

*autoridad reguladora competente en el ámbito de la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares*” (apartado 1). Los Estados miembros deberán garantizar que dicha autoridad “se encuentre separada funcionalmente de cualquier otro organismo u organización relacionado con la promoción o utilización de energía nuclear, incluida la producción de energía eléctrica, a fin de garantizar la independencia efectiva de toda influencia indebida en la toma de decisiones regulatorias” y de que se le confieran “las facultades jurídicas y los recursos humanos y financieros necesarios” para cumplir con sus obligaciones en el marco normativo nacional. Entre tales facultades se enumeran las relativas a “aplicar medidas reglamentarias para asegurar el cumplimiento, incluida la suspensión de la operación de la instalación nuclear” [apartados 2 y 3-primer párrafo y letra b)]. Junto a ello, existe en este campo el *Grupo Europeo de Reguladores de la Seguridad Nuclear (ENSREG)*, instituido mediante la Decisión 2007/530/EURATOM de la Comisión, de 17 de julio de 2007, por la que se establece el Grupo europeo de alto nivel sobre seguridad nuclear y gestión de los residuos radiactivos, para contribuir al logro de los objetivos de la Comunidad en el ámbito de la seguridad nuclear.

Así pues, en esta materia se ha diseñado un modelo en el que coexisten la Comisión como regulador a escala comunitaria y las diversas autoridades reguladoras competentes nacionales. En el nivel intermedio, se ha optado por una figura del tipo grupo de expertos que no llega a sustituir las facultades decisorias de la Comisión. Tampoco ha prosperado la creación del proyectado “Comité de Autoridades Reguladoras” como organismo comunitario específicamente encargado de las competencias en el ámbito de la seguridad nuclear y la gestión de los residuos radiactivos<sup>492</sup>.

---

<sup>492</sup> De nuevo se ha alcanzado, pues, una solución a caballo entre el reforzamiento de los poderes de la Comisión y la creación, en el otro extremo, de un auténtico regulador comunitario independiente. El sistema recuerda en sus grandes líneas a lo sucedido en el ámbito de las telecomunicaciones y pone de manifiesto que se sigue aún en la tendencia que CHITI denomina “concierto europeo de reguladores” (CHITI, E., “La reforma del marco institucional europeo en los sectores de la energía eléctrica y del gas y de las comunicaciones electrónicas”, *cit.*).

En efecto, a propósito del modelo que se propugnaba por la Propuesta de modificación de la Directiva de Seguridad presentada por la Comisión [COM (2004) 526 final, de 8 de septiembre de 2004], ésta preveía un “Comité de Autoridades Reguladoras”, compuesto por representantes de los órganos reguladores designados por cada Estado. “Con este Comité –se dijo–, la Comisión retira los artículos previstos sobre el control de los órganos reguladores por la Comisión, uno de los escollos insalvables del anterior documento, dadas las reservas nacionales de ser controlados por un superregulador, la Comisión,

En el ámbito internacional, donde se habla de una regulación nuclear globalizada<sup>493</sup>, son de destacar los tratados internacionales celebrados bajo los auspicios del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA). En particular, la Convención sobre la Seguridad Nuclear, abierta a la firma el 17 de junio de 1994 y en vigor desde el 24 de octubre de 1996; y la Convención conjunta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de los residuos radiactivos, abierta a la firma el 29 de septiembre de 1997 y en vigor desde el 18 de junio de 2001<sup>494</sup>. El artículo 8 de la primera Convención establece que "cada Parte Contratante constituirá o designará un órgano regulador que se encargue de la aplicación del marco legislativo y reglamentario a que se refiere el artículo 7, y que esté dotado de autoridad, competencia y recursos financieros y humanos adecuados para cumplir las responsabilidades que se le asignen" y añade que "cada Parte Contratante adoptará las medidas adecuadas para velar por una separación efectiva entre las funciones del órgano regulador y las de cualquier otro órgano o entidad a los que incumba el fomento o la utilización de la energía nuclear" (apartados 1 y 2). En términos similares se pronuncia el artículo 20 de la citada Convención conjunta.

## **B. Aspectos orgánicos y funcionales del Consejo de Seguridad Nuclear**

### **A. Las garantías orgánicas de la autonomía del Consejo de Seguridad Nuclear**

Concebido en su forma original como organismo dotado de independencia frente a la Administración Central del Estado, dice hoy el artículo 1 de la Ley 15/1980 que el Consejo de Seguridad Nuclear es un "ente de Derecho Público, independiente de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los del Estado, y (...) único organismo competente

---

con posibilidad de hacer inspecciones sobre los propios órganos reguladores" (MORALES PLAZA, A., *La regulación nuclear globalizada*, cit., p. 255).

<sup>493</sup> Tal es el título del libro de MORALES PLAZA que seguimos en este punto, citado en la nota anterior. Cf. especialmente el apartado sobre la globalización de la regulación nuclear, pp. 273 ss.

<sup>494</sup> España ratificó el primero de dichos tratados el 15 de noviembre de 1994 y el segundo el 30 de junio de 1998. Ambos están en vigor para ella como parte contratante desde las fechas señaladas.

en materia de seguridad nuclear y protección radiológica" (apartado 1, primer párrafo).

El segundo párrafo de este precepto dispone que "se regirá por un Estatuto propio elaborado por el Consejo y aprobado por el Gobierno, de cuyo texto dará traslado a las Comisiones competentes del Congreso y del Senado antes de su publicación, y por cuantas disposiciones específicas se le destinen, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los preceptos de la legislación común o especial". Mediante Real Decreto 1157/1982, de 30 de abril, se aprobó el Estatuto del Consejo de Seguridad Nuclear.

Sobre la singularidad de esta cláusula de régimen normativo y los factores condicionantes que parece introducir en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno al objeto de garantizar la independencia del Consejo, cabe remitir *in extenso* al estudio que en su momento hizo LÓPEZ RAMÓN<sup>495</sup>. Señalaba este autor, en efecto, tres particularidades o condicionantes de dicha potestad que se desprendían la lectura de la norma: primero, el régimen del CSN se concentra en su Estatuto propio, además de lo dispuesto por la Ley reguladora; segundo, se le otorga capacidad autonormativa para elaborar dicho Estatuto en las cuestiones relativas a su organización y funciones; tercero, tras ser aprobado por el Gobierno, se somete aquél a una forma de control parlamentario.

En especial, cabe detenerse en algunas de las consideraciones que se hacían por el citado autor al hilo de las dos primeras singularidades del elemento normativo. Una vez sentado que el ámbito propio del Estatuto era, como se ha dicho, únicamente el de la organización y funciones del CSN, se planteaba la cuestión de si cabría en otros extremos condicionar o limitar la potestad reglamentaria del Gobierno. Concretamente, la pregunta se hacía por dos veces al hilo de la función del CSN de proponer al Gobierno "las reglamentaciones necesarias en materia de seguridad nuclear y protección radiológica, así como las revisiones que considere convenientes" [artículo 2.a) de la Ley 15/1980, primer párrafo].

LÓPEZ RAMÓN respondía de forma tajante en sentido negativo: "Debe destacarse, (...) en relación con estas cuestiones, que la

---

<sup>495</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., "El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente", *RAP* núm. 126 (1991), pp. 198 ss.

postura aquí mantenida [intangibilidad del Estatuto por el Gobierno en lo relativo a organización y funciones<sup>496</sup>] sólo parece defendible en el contexto normativo expuesto: esto es, en el ámbito de una Ley que con toda seguridad pretende dotar de garantías de independencia a una determinada Administración. Fuera de tal contexto, creo que sería improcedente apurar interpretaciones literales para condicionar el alcance de la genérica potestad reglamentaria del Gobierno por cláusulas que mecánicamente encomienden a otros órganos la elaboración o la propuesta de Reglamentos que compete aprobar al Gobierno. Ese es el caso, dentro de la propia Ley del Consejo de Seguridad Nuclear, de la función a éste encomendada de «proponer al Gobierno las reglamentaciones necesarias en materia de seguridad nuclear y protección radiológica, así como las revisiones que considere convenientes» —artículo 2.a)-; con toda evidencia, ese precepto legal no condiciona en ningún modo el alcance de la potestad reglamentaria del Gobierno en la materia a que alude”<sup>497</sup>.

Por lo demás, a partir de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, el CSN se rige según lo previsto en primer lugar por su Ley reguladora (Ley 15/1980) y su Estatuto (Real Decreto 1157/1982), por la Ley General Presupuestaria en cuanto le sea de aplicación y, de forma supletoria, por la citada Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado [disposición adicional décima de dicha ley, apartados 1 y 3].

### **B. Su competencia única en materia de seguridad nuclear**

Por lo que hace a sus funciones, ya se ha visto que el CSN es el “único organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica” (artículo 1.1 *in fine* de la Ley 15/1980). Cláusula que, como advirtiera LÓPEZ RAMÓN, plantea dos órdenes de problemas: “Uno, referido a la identificación de la materia denominada seguridad nuclear y protección radiológica. Otro, relativo

---

<sup>496</sup> En rigor, aun en esas materias, lo que sucede es que “el Gobierno no podría, sin infringir la legalidad, introducir nuevos contenidos en el Estatuto propuesto por el Consejo de Seguridad Nuclear, a salvo que la propia legalidad imponga las novedades, pues, como antes se indicó, las Leyes posteriores a la reguladora del Consejo han podido modificar aspectos de ésta. Lo que sí puede hacer el Gobierno, según se ha señalado también, es valorar en todos sus aspectos, incluidos los de oportunidad política y técnica, el Estatuto elaborado por el Consejo, aprobándolo total o parcialmente o no aprobándolo” (*ibidem*, p. 202).

<sup>497</sup> *Ibidem*, pp. 202-203.



al alcance de las funciones que corresponden al Consejo sobre tal materia”.

Respecto al ámbito material, el artículo 1.b) de la vigente Ley de Energía Nuclear sigue hablando, con expresión algo anacrónica pero estimable en esta época de vulgarización legislativa, de “proteger vidas, salud y haciendas contra los peligros derivados de la energía nuclear y de los efectos nocivos de las radiaciones ionizantes”. Y dicha “seguridad de las instalaciones nucleares y radiactivas se garantiza (...) por el Ordenamiento a través, en primer lugar, de un amplio catálogo de potestades administrativas, sin perjuicio de la existencia de las obligaciones impuestas a tal fin a los particulares afectados. Las más características de esas potestades son las de tipo autorizatorio, referidas a las instalaciones (su proyección, construcción y funcionamiento), a las actividades (transporte, almacenamiento) o al personal que ha de manipularlas, las facultades de inspección y los poderes sancionadores”<sup>498</sup>.

La extensión de estas funciones es tal que, “aun sin disponer del completo dominio sobre la materia de seguridad nuclear y protección radiológica, el Consejo de Seguridad Nuclear merece la calificación de órgano de control en la materia, dado que sus informes, en relación con las distintas potestades administrativas de control sobre instalaciones, transporte, fabricación, etc., son preceptivos y, «además, vinculantes cuando tengan carácter negativo o denegatorio de una concesión (concesión de la autorización) y asimismo en cuanto a las condiciones que establezcan, caso de ser positivos» —art. 2.b) de la Ley de 1980—”<sup>499</sup>.

### **III. La potestad reglamentaria reconocida al Consejo de Seguridad Nuclear**

#### **A. La formulación legal**

En su redacción inicial, el artículo 2.a) de la Ley 15/1980 preveía simplemente que correspondería al CSN la función de “proponer al Gobierno las reglamentaciones necesarias en materia de

---

<sup>498</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>499</sup> *Ibidem*, pp. 211-212.

seguridad nuclear y protección radiológica, así como las revisiones que considere convenientes (...)"

Después, la disposición adicional primera de la Ley 14/1999, de 4 de mayo, de tasas y precios públicos prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear, añadió un segundo párrafo del siguiente tenor: "Asimismo, podrá elaborar y aprobar las instrucciones, circulares y guías de carácter técnico relativas a las instalaciones nucleares y radiactivas y las actividades relacionadas con la seguridad nuclear y la protección radiológica".

Un párrafo tercero fue añadido por el artículo 17 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. Con la rúbrica "carácter vinculante de las instrucciones del Consejo de Seguridad Nuclear", la nueva regla rezaba así: "Sobre dichas materias y con respecto a los sujetos que intervengan en las mismas, las Instrucciones que dicte el Consejo de Seguridad Nuclear serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el 'Boletín Oficial del Estado'".

Por último, mediante el artículo único, apartado 2, de la Ley 33/2007, de 7 de noviembre, de reforma de la Ley 15/1980, se suprimió el párrafo tercero antes transcrito, que fue sustituido por otros cuatro párrafos (tercero a sexto), que establecen lo que sigue:

"Las instrucciones son normas técnicas en materia de seguridad nuclear y protección radiológica que tendrán carácter vinculante para los sujetos afectados por su ámbito de aplicación, una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el 'Boletín Oficial del Estado'. En el proceso de elaboración de las instrucciones del Consejo se fomentará la participación de los interesados y del público en los términos previstos en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Las instrucciones serán comunicadas al Congreso de los Diputados con carácter previo a su aprobación por el Consejo.

Las circulares son documentos técnicos de carácter informativo que el Consejo podrá dirigir a uno o a más sujetos afectados por su ámbito de aplicación para interesarles de hechos o

circunstancias relacionadas con la seguridad nuclear o la protección radiológica.

Las guías son documentos técnicos de carácter recomendatorio con los que el Consejo podrá dirigir orientaciones a los sujetos afectados en relación con la normativa vigente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica.

Adicionalmente, el Consejo de Seguridad Nuclear podrá remitir directamente a los titulares de las autorizaciones, a las que se refiere el apartado b) de este artículo, instrucciones técnicas complementarias para garantizar el mantenimiento de las condiciones y requisitos de seguridad”.

La exposición de motivos de esta última ley destacaba entre las novedades introducidas en la Ley 15/1980 que “se desarrollan las definiciones en el ámbito de los instrumentos normativos del Consejo de Seguridad Nuclear”. Lo cual formaba parte del objetivo último de la reforma, que era potenciar la “credibilidad y confianza por parte de la sociedad” en las actuaciones del CSN, confianza que debía basarse a su vez en un aumento de las condiciones de transparencia de aquéllas, en línea con el conocido como Convenio Aarhus, ratificado por España el 15 de diciembre de 2004 y en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

#### **B. Las instrucciones del CSN y otros instrumentos sin naturaleza normativa**

Así pues, mediante reformas posteriores a la Ley de creación y tras algunas vacilaciones iniciales sobre la naturaleza de las instrucciones (carácter vinculante para los sujetos afectados, cualidad propiamente normativa), el artículo 2.a) de la Ley 15/1980 en su redacción por Ley 33/2007 parece admitir abiertamente una potestad reglamentaria del CSN que se diversifica en diversos “instrumentos normativos”.

Sin embargo, esta última expresión de la parte expositiva de la Ley 33/2007 parece haber ido demasiado lejos en la calificación, al incluir como derivadas de la potestad normativa a las “circulares” y a las “guías” aprobadas por el Consejo, las cuales carecen de dicho

valor al tratarse de documentos técnicos “de carácter informativo” y “de carácter recomendatorio”, respectivamente, como evidencia la lectura del precepto.

Tampoco tienen carácter normativo las “instrucciones técnicas complementarias” a que se refiere el último párrafo del artículo 2.a) de la Ley 15/1980. El artículo 6.4 del Reglamento de Instalaciones Nucleares y Radiactivas, aprobado por Real Decreto 1836/1999, de 3 diciembre, precisa en efecto que “el Consejo de Seguridad Nuclear, en el ámbito de sus competencias, podrá remitir, directamente a los titulares de las autorizaciones, instrucciones técnicas complementarias para garantizar el mantenimiento de las condiciones y requisitos de seguridad de las instalaciones y para el mejor cumplimiento de los requisitos establecidos en las correspondientes autorizaciones”. Se trata, pues, de la adopción de “actos de mandato, prohibición o requerimientos de carácter vinculante que el CSN pretenda imponer a los titulares de instalaciones nucleares o radiactivas o de actividades sometidas al ejercicio de sus competencias; todo ello en el marco de sus funciones legales de control o vigilancia de la seguridad o en materia de protección radiológica, pero sin que sea estrictamente necesario que se dicten en desarrollo de las autorizaciones en vigor”<sup>500</sup>.

En definitiva, la labor normativa del CSN se concentra en las instrucciones<sup>501</sup>, las cuales, dice MORALES PLAZA, “con contenido desde

---

<sup>500</sup> MORALES PLAZA, A., *La regulación nuclear globalizada*, cit., p. 545.

<sup>501</sup> Por lo demás, la información que aparece oficialmente en la página *web* del Consejo de Seguridad Nuclear ([www.csn.es](http://www.csn.es)) integra todos estos contenidos como parte de la “normativa” del CSN y la subdivide en “normativa de carácter obligatorio” (Instrucciones e Instrucciones Técnicas Complementarias), “normativa de carácter recomendatorio” (Guías de seguridad) y “documentos de carácter informativo” (Circulares). Si bien hace después una serie de precisiones aclaratorias sobre los diversos instrumentos:

Las Instrucciones del Consejo (IS) “son verdaderos reglamentos con vocación de permanencia y pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico, pudiendo ser objeto de revisión contencioso administrativa como cualquier norma general. Su incumplimiento está tipificado como infracción administrativa”,

Las Instrucciones Técnicas (IT) e Instrucciones Técnicas Complementarias (ITC) “son actos administrativos con efecto vinculante dictados por el CSN basándose en su potestad de inspección y control, dirigidos a uno o a varios sujetos determinados sometidos al CSN, en virtud de relaciones especiales de supremacía, derivadas de la posesión de licencias o autorizaciones previas, o del ejercicio de competencias propias del CSN. Tienen el carácter de actos jurídicos administrativos, que consolidan formalmente acuerdos o decisiones del Consejo y no se integran en el ordenamiento jurídico. Deben ser debidamente notificadas, haciendo constar pie de recurso y motivada en su caso, pero no llevan aparejada la exigencia de publicación en el BOE. Su incumplimiento está asimismo tipificado legalmente como infracción administrativa”.

luego técnico, representan el ejercicio de una potestad reglamentaria de primer grado (no necesitada de habilitaciones expresas caso a caso en normas del Gobierno o de los Ministro), circunscrita a materia relativa a las instalaciones nucleares y radiactivas y a las actividades relacionadas con la seguridad nuclear y la protección radiológica". Añade este autor que su rasgo principal "será, ante todo, la nota de generalidad, entendida ésta en su sentido subjetivo y objetivo. En primer lugar, porque sus destinatarios estarán definidos de modo impersonal, como pertenecientes a una categoría abstracta o genérica y, en segundo lugar, en atención al objeto, toda vez que el supuesto de hecho al que se refieren estas normas será una actividad regulada con un carácter hipotético y, por ello, repetible, de manera que su realización concreta puede producirse en un número indefinido de ocasiones, tantas como veces se dé en la realidad un estado de cosas coincidente con la descripción abstracta que en la Instrucción se contiene. *De ahí que la Instrucción de este tipo servirá para intervenir normativamente en cualquier ámbito relativo a seguridad nuclear o protección radiológica, sin necesidad de una previa habilitación expresa, pudiendo el CSN adoptarlas cuando estime necesario que el sector disponga de criterios o normas reguladoras generales*"<sup>502</sup>.

### C. Habilitación y contenido de las instrucciones

Las instrucciones dictadas hasta el momento por el Consejo de Seguridad Nuclear han sido las siguientes:

- La Instrucción número IS-01, de 31 de mayo, por la que se define el formato y contenido del documento individual de seguimiento radiológico (carné radiológico) regulado en el Real Decreto 413/1997. Esta primera instrucción, a pesar de que

---

Las Guías de seguridad (GS) "son documentos técnicos de carácter no obligatorio con los que el Consejo dirige orientaciones a los sujetos afectados por la normativa vigente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica".

Finalmente, las Circulares informativas "son documentos técnicos de carácter informativo que el Consejo podrá dirigir a uno o a más sujetos afectados por su ámbito de aplicación para notificarles hechos o circunstancias relacionados con la seguridad nuclear o la protección radiológica que son de interés para su instalación".

<sup>502</sup> *Ibidem*, p. 544. El subrayado es nuestro y pretende poner de relieve la afirmación del autor de acuerdo a la cual el carácter normativo de las Instrucciones —que, según dice aquél, se manifiesta en su generalidad subjetiva y en la abstracción del mandato que contienen— es el que justifica que el CSN no necesite una habilitación reglamentaria previa y expresa, sino que ha de respetar simplemente las normas generales que rijan el sector.

menciona la habilitación legal general contenida en el artículo 2.a) de la Ley 15/1980 [en su redacción entonces por Ley 14/1999], tuvo por objeto desarrollar el artículo 7 del mencionado real decreto, que definía los aspectos relativos al carné radiológico al tiempo que autorizaba al CSN para establecer el formato y contenido del documento individual de seguimiento radiológico, así como su modificación en función de circunstancias relevantes.

- La Instrucción IS-02, de 1 de septiembre de 2004 (que deroga la de 10 de abril de 2002), por la que se regula la documentación sobre actividades de recarga en centrales nucleares de agua ligera. Se trata en realidad de una instrucción de requerimiento de información, como explica con claridad su parte expositiva: "procede a la identificación de las actividades sobre las que es necesario el envío de información al Consejo, los contenidos de la misma y los plazos establecidos para su presentación". Y como se desprende de lo dispuesto por su apartado Decimotercero ("infracciones y sanciones"): "El incumplimiento de esta Instrucción supone la infracción de un requerimiento reglamentario, y le será de aplicación lo dispuesto en los artículos 91 a 95, ambos inclusive, de la Ley 25/1964, de Energía Nuclear, en la redacción dada a los mismos por la disposición adicional quinta de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, así como por la disposición adicional quinta de la Ley 14/1999, de Tasas y Precios Públicos por servicios prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear".

- La Instrucción número IS-03, de 6 de noviembre de 2002, sobre cualificaciones para obtener el reconocimiento de experto en protección contra las radiaciones ionizantes.

- La Instrucción número IS-04, de 5 de febrero de 2003, por la que se regulan las transferencias, archivo y custodia de los documentos relativos a la protección radiológica en centrales nucleares con objeto de su desmantelamiento y clausura.

- La Instrucción número IS-05, de 26 de febrero de 2003, por la que se definen los valores de exención para nucleidos según se establece en las tablas A y B del anexo I del Real Decreto 1836/1999.

- La Instrucción número IS-06, de 9 de abril de 2003, por la que se definen los programas de formación en materia de protección radiológica básico y específico regulados en el Real Decreto 413/97

en el ámbito de las instalaciones nucleares e instalaciones radiactivas del ciclo del combustible.

- La Instrucción número IS-07, de 22 de junio de 2005, sobre campos de aplicación de licencias de personal de instalaciones radiactivas. Se basa en lo dispuesto por el artículo 56 del Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas aprobado por Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, el cual encomienda al CSN la definición de los campos de aplicación en que deben encuadrarse las actividades del personal con licencia de los diversos tipos de instalaciones radiactivas, según su finalidad.

- La Instrucción número IS-08, de 27 de julio de 2005, sobre los criterios aplicados por el CSN para exigir, a los titulares de las instalaciones nucleares y radiactivas, el asesoramiento específico en protección radiológica.

- La Instrucción número IS-09, de 14 de junio de 2006, por la que se establecen los criterios a los que se han de ajustar los sistemas, servicios y procedimientos de protección física de las instalaciones y materiales nucleares.

- La Instrucción número IS-10, de 25 de julio de 2006, por la que se establecen los criterios de notificación de sucesos al Consejo por parte de las centrales nucleares.

- La Instrucción número IS-11, de 21 de febrero de 2007, sobre licencias de personal de operación de centrales nucleares. Su preámbulo ofrece las siguientes explicaciones:

“Hasta el momento, el Consejo de Seguridad Nuclear ha venido aprobando numerosos documentos de carácter recomendatorio, en los que venía informando a los titulares de las instalaciones y actividades nucleares y generadoras de radiaciones ionizantes, de los parámetros, procedimientos y metodologías aplicables a la explotación o manipulación de sus equipos e instalaciones, indicando a sus responsables los sistemas más adecuados para la aplicación y cumplimiento de la reglamentación vigente en el sector.

En esta línea, fue aprobada por el Consejo de Seguridad Nuclear la Guía de Seguridad 1.1, de marzo de 1986, relativa a Cualificaciones para la obtención y uso de licencias de personal de operación de centrales nucleares (...).

La experiencia adquirida, el avance de las tecnologías, y la significativa repercusión de este tema en la seguridad de las plantas, han contribuido a la necesidad de apoyar el marco normativo establecido en el Reglamento sobre

Instalaciones Nucleares y Radiactivas (RINR), aprobado por RD 1836/1999, de 3 de diciembre, para las Licencias del Personal de Operación de las centrales nucleares mediante la presente Instrucción, la cual, a su vez, *lejos del carácter recomendatorio de la Guía, posee naturaleza y rango de disposición administrativa de carácter general, siendo pues de obligado cumplimiento para todos los sujetos y entidades que se integran en su ámbito de aplicación*".

- La Instrucción número IS-12, de 28 de febrero de 2007, por la que se definen los requisitos de cualificación y formación del personal sin licencia, de plantilla y externo, en el ámbito de las centrales nucleares. Se trata de una extensa instrucción, dividida en cuatro títulos y dieciocho apartados (de los cuales, los tres últimos establecen una disposición transitoria, una derogatoria y una final sobre la entrada en vigor). Aun cuando es anterior a la promulgación de la Ley 33/2007, hace referencia a que se dicta "previa consulta a los sectores afectados [y] tras los informes técnicos oportunos". Su parte expositiva menciona numerosos preceptos de rango legal, reglamentario y aun documentos aprobados por organismos internacionales en la materia, en los que se ampara la citada regulación: así, el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales; los artículos 8, 20.b) y 67 del Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas; los documentos «Safety Fundamentals» y «Safety of Nuclear Power Plants: Operation» del OIEA e incluso las Instrucciones del propio Consejo números IS-03 e IS-06.

- La Instrucción número IS-13, de 21 de marzo de 2007, sobre criterios radiológicos para la liberación de emplazamientos de instalaciones nucleares.

- La Instrucción número IS-14, de 24 de octubre de 2007, sobre la Inspección Residente del CSN en centrales nucleares.

- La Instrucción número IS-15, de 31 de octubre de 2007, sobre requisitos para la vigilancia de la eficacia del mantenimiento en centrales nucleares.

- La Instrucción número IS-16, de 23 de enero de 2008, por la que se regulan los períodos de tiempo que deberán quedar archivados los documentos y registros de las instalaciones radiactivas. Se ampara en diversas disposiciones reglamentarias: el artículo 72 del Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y



Radiactivas; el artículo 38 del Reglamento sobre Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes, aprobado por Real Decreto 783/2001, de 6 de julio y, por último, "se ha tenido en consideración –dice el preámbulo- que, de acuerdo al Real Decreto 1566/1998, por el que se establecen los Criterios de Calidad en Radioterapia, se deberán archivar durante un período de treinta años todos los informes que se mencionan en el mismo, entre otros los relativos a las reparaciones o intervenciones de las unidades generadoras de radiación". En sus aspectos formales, es la primera instrucción dictada tras la entrada en vigor de la Ley 33/2007. Sin embargo, apenas se trasluce en un inciso añadido a la cláusula de estilo relativa a la tramitación: "de conformidad con la habilitación legal prevista en el artículo 2.a.) de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear, *tras la reforma producida por la Ley 33/2007, de 7 de noviembre, previa consulta a los sectores afectados, y tras los informes técnicos oportunos*, este Consejo (...) ha dispuesto lo siguiente (...)".

- La Instrucción número IS-17, de 30 de enero de 2008, sobre la homologación de cursos o programas de formación para el personal que dirija el funcionamiento u opere los equipos en las instalaciones de rayos X con fines de diagnóstico médico y acreditación del personal de dichas instalaciones.

- La Instrucción número IS-18, de 2 de abril 2008, sobre los criterios aplicados por el Consejo de Seguridad Nuclear para exigir, a los titulares de las instalaciones radiactivas, la notificación de sucesos e incidentes radiológicos.

- La Instrucción número IS-19, de 22 de octubre de 2008, sobre los requisitos del sistema de gestión de las instalaciones nucleares. La explicación contenida en los primeros párrafos de su parte expositiva constituye un buen ejemplo del sentido de la regulación reglamentaria en este campo y de la directa influencia ejercida por la normativa internacional:

"El artículo 2.a) de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear, en su redacción dada por la Ley 33/2007, de 7 de noviembre, atribuye a este ente público la facultad de 'elaborar y aprobar las instrucciones, circulares y guías de carácter técnico relativas a las instalaciones nucleares y radiactivas y a las actividades relacionadas con la seguridad nuclear y la protección radiológica' relacionadas con el funcionamiento seguro, es decir, sin riesgos indebidos para las personas o el

medio ambiente, de las instalaciones nucleares y radiactivas. Este artículo ha sido reforzado por la Ley 33/2007, de 7 de noviembre, al incorporar al mismo el fomento de la participación, en el proceso de elaboración de estas instrucciones, de los interesados y del público.

En julio de 2006 el Organismo Internacional para la Energía Atómica (OIEA) publicó el documento *Safety Requirements No. GS-R-3 The Management System for Facilities and Activities* que define los requisitos aplicables para establecer, implantar, evaluar y mejorar de forma continua un sistema de gestión para instalaciones nucleares y radiactivas. Los requisitos definidos suponen la integración de la gestión de los aspectos de seguridad nuclear y radiactiva, prevención de riesgos laborales, medio ambiente, protección física, calidad y aspectos económicos, para asegurar la protección de las personas y del medio ambiente. El documento GS-R-3 sustituye al Código y Guías de Seguridad del OIEA 50-C/SG-Q *Quality Assurance for Safety in Nuclear Power Plants and other Nuclear Installations* de 1996.

La presente Instrucción del Consejo de Seguridad Nuclear define los requisitos para establecer, implantar, evaluar y mejorar de forma continua un sistema de gestión, en las instalaciones nucleares, que integre la seguridad nuclear y protección radiológica, la prevención de riesgos laborales, la protección medioambiental, la protección física, la calidad y los aspectos económicos, basado en el documento *Safety Requirements No. GS-R-3 del OIEA*. Dicho documento y las correspondientes guías del OIEA que lo desarrollan constituyen referencias aceptables para la implantación y aplicación de esta Instrucción”.

- La Instrucción número IS-20, de 28 de enero de 2009, por la que se establecen los requisitos de seguridad relativos a contenedores de almacenamiento de combustible gastado.

- La Instrucción número IS-21, de 28 de enero de 2009, sobre requisitos aplicables a las modificaciones en las centrales nucleares.

- La Instrucción número IS-22, de 1 de julio de 2009, sobre requisitos de seguridad para la gestión del envejecimiento y la operación a largo plazo de centrales nucleares.

- La Instrucción número IS-23, de 4 de noviembre de 2009, sobre inspección en servicio de centrales nucleares. Se ampara de forma expresa en lo previsto en el artículo 20.c) del Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas, según el cual la autorización de explotación de las centrales nucleares, deberá integrar, entre otros documentos, las especificaciones técnicas de funcionamiento, y entre ellas, el programa de revisiones, calibrado e inspecciones periódicas de los sistemas y componentes de la instalación. A tal efecto, y en relación con la operación segura de las

centrales nucleares, establece la competencia del CSN para exigir el establecimiento de un programa de inspecciones y pruebas en servicio con el fin de conocer el estado de las estructuras, sistemas y componentes y garantizar su funcionalidad.

- La Instrucción número IS-24, de 19 de mayo de 2010, por la que se regulan el archivo y los periodos de retención de los documentos y registros de las instalaciones nucleares.

- La Instrucción número IS-25, de 9 de junio de 2010, sobre criterios y requisitos sobre la realización de los análisis probabilistas de seguridad y sus aplicaciones a las centrales nucleares.

- La Instrucción número IS-26, de 16 de junio de 2010, sobre requisitos básicos de seguridad nuclear aplicables a las instalaciones nucleares.

- La Instrucción número IS-27, de la misma fecha, sobre criterios generales de diseño de centrales nucleares.

- La Instrucción número IS-28, de 22 septiembre de 2010, sobre las especificaciones técnicas de funcionamiento que deben cumplir las instalaciones radiactivas de segunda y tercera categoría.

- La Instrucción número IS-29, de 13 de octubre de 2010, sobre criterios de seguridad en instalaciones de almacenamiento temporal de combustible gastado y residuos radiactivos de alta actividad.

- La Instrucción número IS-30, de 19 de enero de 2011, sobre requisitos del programa de protección contra incendios en centrales nucleares.

#### **E. La posición en el sistema de fuentes**

§ En primer término, es prácticamente unánime la opinión de quienes se han acercado a estas materias relativa a que la potestad reglamentaria del CSN forma parte de un segundo modelo de producción normativa de estas entidades: junto al necesitado de intermediación reglamentaria del Gobierno o uno de sus Ministros (Banco de España, CNMV, CNE), se situaría este otro directamente habilitado por la ley (CMT y el propio Consejo de Seguridad Nuclear).

Así lo concibe MORALES PLAZA<sup>503</sup> y, respecto de la CMT, lo sostuvo SALA ARQUER. Por su parte, ha intentado una cierta teorización de este segundo sistema GARCÍA ÁLVAREZ, según se vio en el capítulo anterior<sup>504</sup>.

Se dice, en efecto, que el sistema seguido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y por el Consejo de Seguridad Nuclear es más respetuoso con la autonomía de estas entidades. Y se precisa que el funcionamiento práctico es diverso, de forma que hay directa autorización por la ley –que no requiere, pues, habilitaciones concretas en cada caso–, aunque está compensado por una doble limitación: en el ámbito objetivo (pues la potestad reglamentaria queda limitada al campo técnico de la regulación concedido por el legislador) y en el ámbito subjetivo (pues se concede el poder normativo a estos organismos para que lo ejerzan sobre determinados sujetos que actúan en estos mercados, en una relación de especial sujeción). A pesar de ello, las conclusiones que se extraen están en la línea de la jerarquía con los productos normativos del Gobierno sobre estas materias: de hecho, se aduce, se han declarado nulas algunas de tales normas por su contradicción con lo previsto en reales decretos.

Nuestra discrepancia con esta tesis, formulada en términos de generalidad como un segundo sistema, tiene lugar en varios puntos.

Ante todo, una observación de la realidad –y no sólo de lo que se propugna por los textos legales respectivos– confirma que la atención a la regla de la habilitación concurrente o intermedia es muy relativa, en una doble dirección: hay circulares del Banco de España, de la CNMV y de la CNE directamente amparadas por ley, bien porque ésta autoriza *per saltum* de forma expresa bien porque sencillamente el escalón intermedio está vacío de contenido<sup>505</sup>; por el contrario, hay circulares de la CMT e instrucciones del CSN que vienen a desarrollar

---

<sup>503</sup> En dos trabajos sobre el particular: “El Consejo de Seguridad Nuclear como Administración independiente”, en VVAA (coord. F. Cameo Bel), *Derecho de la energía nuclear*, La Ley-Wolters Kluwer – Endesa, Madrid, 2006, pp. 605 ss. y la obra ya citada *La regulación nuclear globalizada*, pp. 537 ss.

<sup>504</sup> Cf. *in extenso* lo que se dice en el Capítulo X, apartado II, punto D.2 sobre la construcción teórica de este llamado segundo modelo por SALA ARQUER y GARCÍA ÁLVAREZ.

<sup>505</sup> Todo ello sin tener en cuenta que el CNE dicta algunas circulares, las llamadas de información, con directo y único respaldo en la ley (diferente es que su carácter normativo sea discutido).

y pormenorizar reglas contenidas en reales decretos u órdenes que le autorizan de forma expresa para ello.

En segundo lugar, la delimitación del ámbito objetivo cabe predicarla de cualquiera de las Administraciones independientes en el ejercicio de su potestad normativa, sin que resulte exclusiva de aquéllas que tienen concedido este poder únicamente por la ley. La pretendida limitación subjetiva a ciertas personas u operadores situados en una relación de especial sujeción no es asumible hoy en día, por mucho que encontrara eco jurisprudencial en un primer momento en el que estaba por hacer la articulación jurídica de este tipo de normas.

En fin, las conclusiones que de ello se derivan deberían ir, en nuestra opinión, justamente en la dirección del principio de competencia o de reparto normativo de la materia en virtud de la ley (lo que conecta limitadamente con la cláusula del artículo 97 de la Constitución que otorga la potestad reglamentaria al Gobierno “de acuerdo con las leyes”). Sin embargo, es precisamente en estos casos cuando se defiende con más fuerza que las normas emanadas por las Administraciones independientes han de respetar lo dispuesto por los reglamentos del Gobierno. Pensamos, en efecto, que deben respetarlo en ciertos casos pero en virtud del principio de especialidad normativa: las circulares de la CMT y las instrucciones del CSN no pueden infringir lo dispuesto con carácter *general* por el Gobierno (en atención justamente a la generalidad de la regulación de éste); pero, allí donde se trate de normas de carácter especial que la ley haya autorizado para establecer a estos organismos -vg. en cuanto a la numeración de los recursos telefónicos o a los requisitos del sistema de gestión de las instalaciones nucleares- sus normas desplazarán lo previsto eventualmente por aquél en la materia (por el juego del principio *lex specialis derogat generalis*).

§ En este último punto discrepamos, pues, de lo sostenido por parte de la doctrina.

Así, MORALES PLAZA, aun cuando parte con claridad de que aquí se está ante un segundo modelo -que puede explicarse directamente por la referencia del artículo 97 de la Constitución al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno “de acuerdo con las leyes”-, defiende sin embargo el juego lineal del principio de jerarquía normativa.

Por lo que hace al primer extremo, asevera que “el CSN ostenta una potestad reglamentaria atribuida *ex lege*, de tal modo que el resultado de la misma no se configura como un producto normativo subordinado a otras disposiciones previas, dictadas por el Gobierno o por un Ministerio. Este segundo modelo, más novedoso, y del que se beneficia el CSN, consistente en delimitar un ámbito funcional y atribuir dentro del mismo una potestad normativa no necesitada de habilitaciones reglamentarias previas, es sin duda más acorde con el estatuto de autonomía real propio de este organismo”. Y añade: “Confirma dicha capacidad reglamentaria otra explicación que se extrae del ya citado artículo 97 de la Constitución cuando afirma que la potestad reglamentaria se ejerce por el Gobierno ‘de acuerdo con la Constitución y las leyes’. *Se entiende que la Constitución, por tanto, autoriza al legislador a limitar el campo de la potestad reglamentaria del Gobierno y atribuir el resto de la potestad reglamentaria al órgano que le parezca oportuno. Lo usual es la autorización al Consejo de Ministros y al Ministro, pero nada impide que la Ley autorice también el ejercicio de determinada potestad reglamentaria a otra autoridad, que en este caso estaría representada por el ente de Derecho público correspondiente*”<sup>506</sup>.

No obstante, al tratar de forma frontal la cuestión de “la relación entre la normativa reglamentaria emitida por el CSN y la que emana el Gobierno en materia de seguridad nuclear y protección radiológica”, afirma este autor siguiendo a A. PARRA que “esta cuestión es susceptible de ser resuelta acudiendo al principio de competencia o al de jerarquía” y concluye que dicha relación “no puede constituirse en la actualidad como de competencia, sino que, por el contrario se instrumenta en torno al principio de jerarquía, estando dotadas de rango jerárquico superior las normas que dicte el Gobierno de la nación”<sup>507</sup>.

A ello llega en virtud de los siguientes razonamientos. En pro de una tesis de reserva de la materia técnica a favor del CSN jugarían, dice, el tenor literal del artículo 1 de la Ley 15/1980 (que lo configura como “único organismo competente en materia de seguridad nuclear”) y la disposición adicional décima de la Ley de organización y

---

<sup>506</sup> MORALES PLAZA, A., “El Consejo de Seguridad Nuclear como Administración independiente”, en VVAA (coord. F. Cameo Bel), *Derecho de la energía nuclear*, La Ley-Wolters Kluwer – Endesa, Madrid, 2006, p. 639 (subrayado nuestro).

<sup>507</sup> MORALES PLAZA, A., *La regulación nuclear globalizada*, cit., pp. 546-547.

funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto le somete a un régimen específico. "Sin embargo, el juego del principio de competencia exige un ámbito material reservado a las normas en conflicto". Y no encuentra dicha reserva de ámbito en la Ley 15/1980: por el contrario, "el primer párrafo del artículo 2.a) habilita al Gobierno para dictar las 'reglamentaciones necesarias en materia de seguridad nuclear y protección radiológica', sin excluir de tales materias las regulaciones de carácter estrictamente técnico, razón por la que parece existir la previsión legal de dos productos normativos, debidos respectivamente al Gobierno y al CSN, de los que el primero puede abarcar cualquier materia relativa a la seguridad nuclear y a la protección radiológica, mientras que el segundo sólo puede referirse a tales cuestiones desde la perspectiva técnica"<sup>508</sup>.

---

<sup>508</sup> *Ibidem*. Aun en esa perspectiva, la exigencia material impuesta al CSN de que trate sobre materias técnicas se concibe simplemente como un límite, como con más claridad lo dice el autor después: "En todo caso, el ámbito material de la potestad normativa del CSN sí que juega como límite de validez de su potestad, de manera que una Instrucción del Consejo que no versase sobre materias técnicas sería nula de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común". Nosotros compartimos la existencia de este límite, pero no –al menos, tal y como se razona aquí– el hecho de que tal delimitación material no signifique nada a tenor del principio de especialidad.





## **CAPÍTULO X**

### **LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS**

#### **I. Sentido de la independencia de la autoridad de protección de datos y marco normativo**

##### **A. La Ley orgánica de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y la Directiva 95/46/CE**

La Agencia de Protección de Datos (APD) fue creada por el artículo 34 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, por la que se regula el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD) como "ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones. Se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en un Estatuto propio que será aprobado por el Gobierno, así como por aquellas disposiciones que le sean aplicables en virtud del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria"<sup>509</sup>. Aprobado su Estatuto por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, su original configuración como ente apátrida de los del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria<sup>510</sup>, cedió paso posteriormente a su conceptualización como una de las entidades de régimen específico y sujeta supletoriamente a la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, conforme a la disposición adicional décima de ésta.

---

<sup>509</sup> Todos los artículos del Título VI de la LORTAD tenían el carácter de ley ordinaria, conforme a su disposición final tercera. MURO I BAS se detuvo en este aspecto para señalar que, aun cuando la exigencia de ley orgánica no afectaba de forma clara a la creación del órgano, éste quedaba sujeto en cambio a la garantía de la reserva de ley por incidir en un derecho fundamental: "La no consideración de la regulación de la APD como materia propia de la ley orgánica no significa, sin embargo, que se trate sólo de una reserva formal y que sea posible la deslegalización. Habría que pensar que la regulación de la APD se halla sometida a reserva de ley no sólo por disposición del artículo 103.2 CE, sino también del artículo 53.1, dado que mediante la creación de la APD y la definición de sus rasgos básicos se puede afectar a las condiciones de ejercicio del derecho (y la garantía del mismo), lo que supone un alcance mayor a la reserva, pues, como es sabido, el artículo 103.2 ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y por la mayoría de la doctrina de forma que concede un ámbito de actuación muy extenso al reglamento" (MURO I BAS, X., "La Agencia de Protección de Datos", *RAP* núm. 147 [1998], p. 386).

<sup>510</sup> La denominación, ya clásica, fue acuñada por García-Trevijano Fos (cf. su *Tratado de Derecho Administrativo* ----).

El apartado 36, apartados c) y m) *in fine*, de la LORTAD le atribuyó la potestad de dictar instrucciones en los siguientes términos: "Son funciones de la Agencia de Protección de Datos: [...] c) Dictar, en su caso y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la presente Ley [...]. m) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y al secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas [en tal ámbito...]". Reglas que generalizó el artículo 5 del Estatuto de la Agencia en su artículo 5, apartado c): "La Agencia de Protección de Datos colaborará con los órganos competentes en lo que respecta al desarrollo normativo y aplicación de las normas que incidan en materia propia de la Ley Orgánica 5/1992, y a tal efecto: [...] c) Dictará instrucciones y recomendaciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la Ley Orgánica".

La razón principal de la creación de esta entidad era, pues, la protección del derecho fundamental a la intimidad en su vertiente de protección de datos automatizados de carácter personal. El artículo 28 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, dispone en su apartado 1 que: "Los Estados miembros dispondrán que una o más *autoridades públicas* se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva" y añade que "estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas *con total independencia*". Por lo que ahora interesa, las funciones más relevantes que debían serle conferidas en virtud del Derecho europeo eran de tres tipos: *consultiva* (apartado 2 del citado artículo 18: "que se consulte a las autoridades de control en el momento de la elaboración de las medidas reglamentarias o administrativas relativas a la protección de los derechos y libertades"); de *investigación*, incluyendo el derecho a acceder a los datos objeto de tratamiento y a requerir información y de *intervención* en sentido amplio, llegando al bloqueo de datos, la prohibición del tratamiento o la capacidad de advertir o amonestar al responsable del tratamiento. En definitiva, todo ello podría englobarse en una competencia genérica de control sobre la materia, que alcanzaba también la

posibilidad de instar el control jurisdiccional, así como la propia justiciabilidad de las decisiones de la autoridad independiente (cf. apartados 3 y 4 del citado precepto).

La configuración de la LORTAD siguió este modelo, trasladando sus características a las propias de la Administración española -dentro del modelo aún en ciernes de las Administraciones independientes- y dotando a la APD de las potestades correspondientes, entre las cuales ya se ha visto en qué términos se le atribuyó también un cierto poder reglamentario para dictar instrucciones.

Con carácter casi inmediato, la doctrina procedió a encuadrar a la nueva entidad entre aquéllas que gozaban de independencia en atención a su misión de garantía de un derecho fundamental, según la dualidad que había consagrado SALA ARQUER en el primer estudio sobre la materia: "Administraciones independientes por motivos técnico-económicos" y "Administraciones independientes en virtud de la garantía de un derecho fundamental"<sup>511</sup>. Así, MURO I BAS pudo decir que: "Dos notas concurren en estas autoridades de control. De un lado, el carácter técnico y sumamente dinámico de la actividad sobre la que se actúa requiere que sean especializadas y que tengan esta exclusiva responsabilidad. De otro lado, *dado que la Administración es uno de los sujetos sobre los que recae la supervisión, y estando en juego un derecho fundamental, se pretende evitar cualquier posible instrumentalización gubernamental, adoptando garantías determinadas con esta finalidad*". Es de notar que en esta argumentación se empleaba un concepto clave, a nuestro juicio, que pocas veces ha sido considerado con posterioridad: que la cualidad de independencia se ha de asegurar porque está un juego un derecho fundamental y "dado que la Administración es uno de los sujetos sobre los que recae la supervisión". En otros términos, a diferencia de aquellas entidades independientes cuya supervisión recae sobre particulares o entidades del sector (todas las hasta ahora estudiadas), la autoridad de protección de datos vigila la propia actividad de la Administración que despliega su actividad en ámbitos

---

<sup>511</sup> SALA ARQUER, J. M., "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", *REDA* 42 (abril-junio 1984), pp. 411 y 417.

susceptibles de lesionar un derecho fundamental, para proteger éste frente a la actuación de los poderes públicos<sup>512</sup>.

Con posterioridad, RALLO LOMBARTE concluyó en la misma línea que “la APD es la primera Administración independiente española dedicada específicamente a la protección de derechos fundamentales (afirmación que, en rigor, no es cierta por cuanto obvia la existencia previa de la Administración electoral como Administración independiente garante del derecho de sufragio) como, en este caso, la intimidad personal frente al tratamiento de datos personales y, muy especialmente, frente al uso de la informática en dicho ámbito”<sup>513</sup>. Para señalar más tarde que otra nota distintiva de esta entidad era la de no haberse inspirado en el modelo de ninguna *independent regulatory commission* norteamericana y tener, en cambio, un marcado precedente en la *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés* (CNIL) francesa<sup>514</sup>.

## **B. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos y el derecho fundamental a la protección de datos**

---

<sup>512</sup> MURO I BAS, X., “La Agencia de Protección de Datos”, *cit.*, p. 383. Esto abre un tema crucial que aquí sólo puede ser apuntado. La garantía de los derechos fundamentales ¿puede atribuirse a la Administración, a una Administración dotada de independencia? Algunos autores, partiendo de la complejidad del Estado social (Estado, mercado, papel de la sociedad), piensan que puede corresponder aquí a la Administración una nueva función que defienda los intereses sociales bien mediante la función mínima de regulación (SCHMIDT-ASSMAN, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: en la obra de este último, *La Administración del Estado social*, Marcial pons, Madrid, 2007, pp. 37, 69 y 73 ss., se alude a la llamada “responsabilidad estatal de regulación del marco normativo” en este sentido, sobre la base del citado E. SCHMIDT-ASSMAN y de H. H. TRUHE); bien garantizando de forma objetiva los derechos fundamentales frente a intereses económicamente más poderosos (F. SÁINZ MORENO, “El valor de la Administración Pública en la sociedad actual”, en VVAA [dir. F. Sáinz Moreno], *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 110-111).

Ahora bien, cuando el derecho fundamental está en juego en su acepción más clásica –ejercicio por un particular *frente al Estado*–, es claro que la Administración independiente ha de serlo no sólo frente al Gobierno, sino también respecto de cualquier órgano inserto en la Administración. Esta independencia reforzada se da en el caso, único por ahora de la AEPD, en que se cree una entidad exclusivamente para proteger un derecho fundamental.

<sup>513</sup> RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 135.

<sup>514</sup> *Ibidem*, p. 136. Singularidad en el modelo que bien pudiera conectarse con la cuestión antes apuntada, relativa a que la defensa de los derechos fundamentales que se atribuye a la AEPD enlaza mejor con la tradición europea de éstos –Administración vs. administrado– que con la concepción norteamericana, que los entiende como una defensa de la libertad en cualquier campo y que cuestiona por ello su eventual afectación por toda entidad diferente del Legislativo. En el fondo, la protección frente al Ejecutivo y el temor frente a la tiranía del Legislativo son dos señas de identidad bien diferentes y características de uno y otro sistema (cf. BLANCO VALDÉS, R. L., *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 2006).

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos (LOPD) reiteró las normas sobre la Agencia de Protección de Datos, su naturaleza jurídica y sus funciones, quedando las relativas al dictado de instrucciones “para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley” y las que fueran precisas en el ámbito de la función estadística pública en el artículo 37, apartados c) y m).

Por su parte, el Real Decreto de desarrollo de dicha ley, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, regula en su Título IX los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos, sin hacer referencia a los que conducen a la aprobación de instrucciones<sup>515</sup>.

Recurrida de inconstitucionalidad la LORTAD, el Tribunal Constitucional se pronunció –durante la vigencia ya de la nueva ley, lo que dio lugar a las pertinentes precisiones– sobre el derecho fundamental a la protección de datos y su vertiente institucional, plasmada en la AEPD, en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre. En efecto, los fundamentos jurídicos 7 a 9 sirvieron para delimitar los presupuestos desde los cuales debía realizarse el juicio de inconstitucionalidad de los concretos preceptos sobre los que recaía el recurso y que eran dos, “a saber: el contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales y, en segundo término, los rasgos generales que caracterizan a la Agencia de Protección de Datos dado que la función general de este órgano es la de «velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación», como se expresa en el primer inciso del apartado a) del art. 36 LORTAD” (FJ 7).

“En lo que respecta al primer presupuesto –se decía–, si el art. 1 LORTAD establece que su objeto es el «desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del art. 18 CE», es procedente recordar que este precepto, como ya ha declarado este Tribunal, contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que es, además,

---

<sup>515</sup> En este Real Decreto se habla ya de Agencia Española de Protección de Datos, como en todas las normas posteriores a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo artículo 79 dispuso que: “La Agencia de Protección de Datos pasa a denominarse Agencia Española de Protección de Datos. Las referencias a la Agencia de Protección de Datos realizadas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como en las normas a las que se refiere su disposición transitoria tercera y cualesquiera otras que se encuentren en vigor deberán entenderse realizadas a la Agencia Española de Protección de Datos”.

*en sí mismo, «un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama 'la informática'» (STC 254/1993, de 20 de julio, F.J. 6 (...) [y otras posteriores que reiteraban la doctrina])*". Por lo cual, las previsiones de la LORTAD que desarrollan este mandato salvaguardan ese *"derecho fundamental a la protección de datos personales frente a la informática"* y encuentran un aspecto institucional en el Registro General de Protección de Datos y en la propia AEPD (FJ 7, con cita del FJ 10 de la STC 254/1993).

Indagaba después este mismo fundamento jurídico en el contenido de este derecho fundamental y llegaba a la conclusión de que, para garantizar a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales, le confería a su vez una serie de facultades y derechos, entre éstos últimos "el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos". En suma, *"el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos. De suerte que es sobre dichos ficheros donde han de proyectarse, en última instancia, las medidas destinadas a la salvaguardia del derecho fundamental aquí considerado por parte de las Administraciones Públicas competentes"*. El razonamiento se movía, pues, en el ámbito que antes se ha señalado como propio de la Agencia Española de Protección de Datos: la protección de un derecho fundamental frente a titulares, privados o públicos, de ficheros de datos.

El razonamiento se reforzaba, en lo que hace al elemento institucional, en el siguiente fundamento jurídico. Se explicaba la presencia de dicho elemento en numerosas regulaciones de países europeos, que han creado "instituciones especializadas de Derecho público, a las que se atribuyen diversas funciones de control sobre los ficheros de datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, tanto de titularidad pública como privada". En el régimen de protección de datos de la LORTAD –y lo mismo podría decirse de la vigente LOPD– "su dimensión institucional es la referida

a la Agencia de Protección de Datos y a los órganos que en ella se integran, tanto de dirección (...) como operativos (...). Habiendo configurado el legislador a esta Agencia con unos rasgos específicos, pues se trata de «un Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones» (art. 34.2 LORTAD)” (FJ 8). Para el cumplimiento de tales funciones, específicas y la general de “velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial respecto a los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos”, se le atribuían diversas funciones y, entre ellas, “una potestad normativa, ceñida en lo esencial a dictar las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la LORTAD [art. 36, apartado c) y m) «in fine»], con miras a su debida aplicación en ámbitos determinados de actividad” (FJ 8 *in fine*).

Todo ello quedaba conectado, en fin, con el carácter preventivo de la actuación de la Agencia. El legislador –guiado «por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones» de los derechos fundamentales (exposición de motivos de la LORTAD)-, sin excluir la tutela jurisdiccional, “no ha querido sin embargo que *la protección de datos personales frente al uso de la informática* se lleve a cabo exclusivamente en la vía judicial, esto es, cuando ya se ha producido una lesión del derecho fundamental. Por el contrario, *ha querido que dicha protección se lleve a cabo mediante el ejercicio por la Agencia de Protección de Datos, con carácter básicamente preventivo, de las funciones de control de los ficheros tanto de titularidad pública como privada que la LORTAD le atribuye*”. Es más, “es este carácter tuitivo o preventivo el que, en última instancia, justifica la atribución de tales funciones y potestades a la Agencia de Protección de Datos para asegurar, mediante su ejercicio, que serán respetados tanto los límites al uso de la informática como la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con todos los ficheros, ya sea de titularidad pública o privada”.

Recapitulando, la conexión, implícita en la doctrina, entre el derecho fundamental de nuevo cuño a la protección de datos personales frente a las agresiones informáticas y su protección institucional (frente a sujetos privados o públicos) por una entidad

dotada de independencia que actúa con carácter preventivo (a la que se le atribuyen por ello potestades de control y también normativas), se hizo expresa de forma terminante en la jurisprudencia constitucional.

## **II. El Derecho comunitario y el reforzamiento de la independencia de las autoridades de protección**

§ Una vez más, el Derecho europeo no ha sido ajeno a esta evolución. Ya se ha mencionado antes el papel de la Directiva 95/46/CE, la cual, mediante la armonización de las legislaciones nacionales que protegen a las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, tiene por objeto principal garantizar la libre circulación de estos datos entre los Estados miembros (cf. sus considerandos 3, 7 y 8 y la STJCE 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk y otros*, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, apartados 39 y 70). Ahora bien, puesto que dicha circulación puede entrar en conflicto con el derecho al respeto a la vida privada (artículo 8 del CEDH y principio general del Derecho europeo), su considerando 10 refuerza la idea de esta protección como base también de la armonización normativa:

“Las legislaciones nacionales relativas al tratamiento de datos personales tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, particularmente del derecho al respeto de la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950], así como en los principios generales del Derecho comunitario; que, por lo tanto, la aproximación de dichas legislaciones no debe conducir a una disminución de la protección que garantizan sino que, por el contrario, debe tener por objeto asegurar un alto nivel de protección dentro de la Comunidad”<sup>516</sup>.

En esta segunda perspectiva, se sitúa justamente “la creación de una autoridad de control que ejerza sus funciones con plena

---

<sup>516</sup> Esta segunda vertiente, que es la que ahora interesa, ha sido igualmente destacada por el Tribunal de Justicia (apartado 70 de la sentencia *Österreichischer Rundfunk y otros*, antes citada; y sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*, C-73/07, apartado 52).



independencia en cada uno de los Estados miembros constituye un elemento esencial de la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales” (considerando 62), según la regulación contenida en el artículo 28 de la Directiva, como antes se ha visto.

Completando la panorámica propia del Derecho europeo, el Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, crea en su artículo 44 un Supervisor Europeo de Protección de Datos, con este tenor:

- «1. El Supervisor Europeo de Protección de Datos actuará con total independencia en el ejercicio de sus funciones.
2. En el ejercicio de sus funciones no solicitará ni admitirá instrucciones de nadie.»

§ De trascendental importancia en esta materia ha sido el esclarecimiento sobre el carácter independiente que han de tener las autoridades nacionales de protección, llevado a cabo por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2010, *Comisión Europea c. República Federal de Alemania*, C-518/07.

El problema se planteó en el Derecho alemán, que partía de una neta distinción en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en función de que dicho tratamiento lo efectuasen organismos públicos o no. En el primer caso, el tratamiento se vigila, “a escala federal, por el *Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit* (delegado federal para la protección de datos y la libertad de información) y, en los Länder, por los *Landesdatenschutzbeauftragte* (delegados para la protección de datos de los Länder). Todos estos delegados son responsables únicamente ante su respectivo Parlamento y normalmente no están sometidos a ninguna clase de tutela, instrucciones o influencia de otro tipo por parte de los organismos públicos sujetos a su control”. Mientras que, “la estructura de las autoridades encargadas de vigilar el tratamiento de estos datos por el sector no público varía de un Land a otro. No obstante, *todos los ordenamientos jurídicos de los Länder coinciden*

*en someter expresamente a dichas autoridades de control a la tutela del Estado” (apartados 9 y 10).*

La Comisión y el Supervisor Europeo de Protección de Datos partían de la base de que “la exigencia de que las autoridades de control ejerzan sus funciones con «total independencia» debe interpretarse en el sentido de que dichas autoridades han de estar exentas de toda influencia, tanto si ésta es ejercida por otras autoridades como si es ajena a la Administración”. En tanto que la República Federal de Alemania defendía que la Directiva 95/46 obligaba a una independencia funcional o ausencia de controles externos, de modo que “la tutela que el Estado ejerce en los Länder alemanes no constituye tal influencia externa, sino un mecanismo de vigilancia interna de la Administración, que llevan a cabo autoridades incardinadas en la misma estructura administrativa a la que pertenecen las autoridades de control y, como éstas, obligadas a cumplir los objetivos de la Directiva 95/46” (apartados 15 y 16).

El Tribunal de Justicia se atuvo a la primera interpretación, considerando que la expresión “con total independencia” se debe entender en su sentido usual, es decir, que “cuando se trata de un órgano público, el término «independencia» se refiere normalmente al estatuto que le garantiza la posibilidad de actuar con plena libertad, a resguardo de cualquier tipo de instrucciones o presiones”, siendo así que “el término «independencia» viene reforzado por el adjetivo «total», lo que implica una facultad de decisión exenta de toda influencia externa a la autoridad de control, ya sea directa o indirecta” (apartados 18 y 19). Como corolario de esta interpretación, se dijo que “la garantía de independencia no se ha establecido para conceder un estatuto particular a esas autoridades mismas o a sus agentes, sino para reforzar la protección de las personas y de los organismos afectados por sus decisiones. De lo anterior resulta que, en el ejercicio de sus funciones, las autoridades de control deben actuar con objetividad e imparcialidad, y, para ello, han de estar a resguardo de toda influencia externa, incluida la ejercida directa o indirectamente por el Estado o por los Länder, y no solamente de la de los organismos sujetos a control” (apartado 25).

Para respaldar este razonamiento, se combatieron, en fin, los argumentos aducidos por el Estado miembro demandado, que los articuló con claridad en torno a los siguientes extremos: la naturaleza

de la tutela del Estado que se ejercía sobre los organismos de control del sector no público; y ciertos principios del Derecho comunitario, de los que cabe detenerse en la alegación del posible daño del principio de democracia.

En el primer extremo, aun concediendo que –según decía el Estado demandado– “la tutela del Estado sólo pretende garantizar que las autoridades de control actúen conforme a las disposiciones nacionales y comunitarias aplicables”, no por ello se podía descartar que las autoridades de tutela no fueran capaces de actuar de forma objetiva (en otras palabras, una tutela de la legalidad en abstracto no garantiza la imparcialidad en concreto). En forma positiva, “la mera posibilidad de que las autoridades de tutela puedan ejercer influencia política sobre las decisiones de las autoridades de control es suficiente para obstaculizar el ejercicio independiente de las funciones de éstas. Por un lado, como señaló la Comisión, podría darse en tal caso una «obediencia anticipada» de las autoridades de control a la vista de la práctica decisoria de la autoridad de tutela. Por otro, el papel de guardianas del derecho a la intimidad que asumen las autoridades de control exige que sus decisiones y, por tanto, ellas mismas, estén por encima de toda sospecha de parcialidad” (apartado 36).

En fin, el principio de democracia lo alegó la República Federal de Alemania en los siguientes términos. “*Este principio*, que, en su opinión, se recoge no sólo en la Constitución alemana, sino también en el artículo 6 UE, apartado 1, *requiere la sujeción de la Administración a las instrucciones del Gobierno, que es responsable ante el Parlamento*. De esta manera, las intervenciones relativas a los derechos de los ciudadanos y de las empresas deben estar sujetas al control de legalidad por parte del ministro competente. Dado que las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta el tratamiento de datos personales disponen de determinados poderes de intervención frente a ciudadanos y al sector no público en virtud del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 95/46, afirma que *es absolutamente necesario un mayor control de la legalidad de su actuación mediante instrumentos de control de la legalidad o del fondo*” (apartado 40). La alegación nuclear en toda esta materia, según principios que pueden decirse comunes a todo el constitucionalismo europeo, fue así respondida por

los apartados 42 a 46 de la sentencia, que merecen reproducirse con cierta extensión:

*"42. Este principio no se opone a la existencia de autoridades públicas al margen de la Administración jerarquizada clásica y más o menos independientes del Gobierno. La existencia y requisitos de funcionamiento de esas autoridades se regulan, en los Estados miembros, mediante ley, e incluso, en algunos de ellos, mediante la Constitución, y esas autoridades están sujetas a la ley, bajo el control del juez competente. Este tipo de autoridades administrativas independientes, que también existen en el sistema jurídico alemán, ejercen con frecuencia una función reguladora o de otro tipo que exige que deban estar protegidas de la influencia política, sin dejar por ello de estar sujetas a la ley, bajo al control del juez competente. Esto es lo que sucede, precisamente, con las funciones de las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.*

*43. Ciertamente, no se puede concebir la inexistencia total de influencia parlamentaria sobre dichas autoridades. Sin embargo, debe subrayarse que la Directiva 95/46 no impone en modo alguno a los Estados miembros semejante inexistencia total de influencia parlamentaria.*

44. Así pues, por una parte, el Parlamento o el Gobierno pueden nombrar a las personas que asumen la dirección de las autoridades de control y, por otra, el legislador puede determinar las competencias de dichas autoridades.

45. Además, el legislador puede imponer a las autoridades de control la obligación de rendir cuentas de su actuación ante el Parlamento. Se puede observar una semejanza con el artículo 28, apartado 5, de la Directiva 95/46, según el cual toda autoridad de control presentará periódicamente un informe sobre sus actividades, que será publicado.

46. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, *el hecho de conceder a las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el sector no público un estatuto independiente de la Administración general no priva, por sí mismo, a dichas autoridades de su legitimidad democrática".*

### **III. Las instrucciones de la AEPD**

#### **A. Distinción respecto de otros instrumentos**

§ Ante todo, deben diferenciarse las Instrucciones dictadas al amparo del artículo 37.1.c) de la LOPD [y las aprobadas, en su caso, en virtud del apartado m) del mismo artículo] de aquellas otras resoluciones de la AEPD que no pretender tener carácter de disposición general. En efecto, todas las restantes resoluciones

aprobadas por la Agencia tienen en principio el carácter de actos administrativos, bien se dirijan a uno o varios administrados determinados concretamente o a una pluralidad indeterminada de ellos, pero sin vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico cual regla ordenadora que no se extingue con su cumplimiento. En este segundo grupo se encuentran, a su vez, diversos grupos de resoluciones, algunas de ellas auténticos actos plúrimos cuya publicación en el Boletín Oficial del Estado se prevé de forma expresa (lo que regula precisamente la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre publicación de sus resoluciones)<sup>517</sup>.

Distinto es el caso de aquellas disposiciones generales, dictadas ex artículo 37.1.c) LOPD, a las que se ha dado la denominación de resoluciones. En este caso, sólo varía la denominación formal y respecto de ellas resulta predicable todo lo que se dirá a continuación.

## **B. Habilitación y contenido**

Se han dictado hasta el momento las siguientes instrucciones de la Agencia de Protección de Datos o de la AEPD, con base en lo previsto sucesivamente en los artículos 36.c) de la LORTAD y 37.1.c) de la LOPD<sup>518</sup>:

---

<sup>517</sup> En algún caso, se ha sostenido —con impropiedad, a nuestro juicio— que algunas de estas resoluciones se basan también en una potestad normativa concedida a la Agencia. Así opina E. DEL VAL, con apoyo en lo decidido por la STC 290/2000, sobre las resoluciones del Director de la Agencia estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de las infracciones cuando éstas fuesen cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones públicas [cf. artículos 44 y 46 de la LOPD] (DEL VAL PUERTO, E., *La independencia de la Agencia Española de Protección de Datos: especial referencia a su potestad normativa*, artículo publicado en [http://www.madrid.org/comun/datospersonales/0,3126,457237\\_458327\\_127535941\\_12442844\\_1243830\\_0\\_2,00.html](http://www.madrid.org/comun/datospersonales/0,3126,457237_458327_127535941_12442844_1243830_0_2,00.html)).

<sup>518</sup> En la enumeración no se incluyen las resoluciones de carácter normativo, a las que se aludió anteriormente.

Algunas se amparan de forma expresa en el artículo 37.1.c) de la LOPD, como la Resolución de 12 de julio de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se crea el Registro Telemático de la Agencia Española de Protección de Datos.

Otro grupo de resoluciones, publicadas en el Boletín Oficial del Estado, son las que aprueban modelos normalizados de solicitudes de acceso al Registro General de Protección de Datos. En este caso, no se dictan ex artículo 36 de la LORTAD o 37 de la LOPD, sino sencillamente al amparo de los artículos 5 y 6 de la LORTAD, que habilitan a la Agencia para elaborar modelos normalizados de solicitud de inscripción para los ficheros de titularidad pública o privada, respectivamente. De este tipo, p. ej., la Resolución de 22 de junio de 1994 (luego sustituida por la de 30 de mayo de 2000) de la Agencia de Protección de Datos, por la que se aprueban los modelos normalizados en soporte papel, magnético y

- Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. Además de citar los artículos 36.c) de la LORTAD y 5.c) del Estatuto de la Agencia, su parte expositiva hacía referencia expresamente al artículo 28 de la LORTAD, como precepto a desarrollar, según la doble perspectiva de aquél sobre los servicios de solvencia y crédito: "por un lado, determina que quienes se dediquen a la prestación de servicios sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar automatizadamente datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el afectado o con su consentimiento. Por otro, regula el tratamiento de datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, señalando que podrán tratarse dichos datos siempre que sean 'facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés'". Este segundo grupo de información presenta ciertas especialidades sobre la regulación común de la ley orgánica -explicaba-, que son las que venía a desarrollar la instrucción.

- Instrucción 2/1995, de 4 de mayo, de la Agencia de Protección de Datos, sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal. Sin invocar ninguna norma habilitadora, el preámbulo concedía abiertamente que: "Es obvio que la regulación jurídica de alguna de estas materias (Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; Ley

---

telemático a través de los que deberán efectuarse las solicitudes de inscripción en el Registro General de Protección de Datos.

Por su parte, la Resolución de 12 de julio de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos (por la que se aprueban los formularios electrónicos a través de los que deberán efectuarse las solicitudes de inscripción de ficheros en el Registro General de Protección de Datos, así como los formatos y requerimientos a los que deben ajustarse las notificaciones remitidas en soporte informático o telemático), explica hoy que: "La notificación de ficheros al Registro está regulada en los artículos 20 y 26 de la LOPD, estableciéndose el procedimiento a través del cual se realiza la misma en el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, que desarrolla determinados aspectos de la derogada Ley Orgánica 5/1992, cuyos artículos 5 y 6 habilitan a la Agencia Española de Protección de Datos para elaborar modelos normalizados de solicitud de inscripción para los ficheros de titularidad pública o privada, respectivamente. El Real Decreto 1332/1994 continúa vigente, según declara expresamente la Disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 15/1999, en cuanto no se oponga a la misma".

9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados), excede de las competencias que tiene atribuidas la Agencia de Protección de Datos. Ahora bien –añadía-, la precisión de si los datos son o no sensibles, con la incidencia que ello tiene en su recogida, tratamiento y cesión, la determinación del fichero en donde deban ser tratados, la de si es preciso que en esta materia, por tratarse de datos especialmente protegidos, el nivel de protección de los mismos se extienda excepcionalmente a los ficheros manuales o no automatizados, son, entre otras, cuestiones que deben ser fijadas por la Agencia de Protección de Datos”.

- Instrucción 1/1996, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios. El último párrafo del preámbulo incluía esta precisión: “La Instrucción solamente se refiere al *ámbito competencial propio de la Ley reguladora del tratamiento automático de datos personales* y se dicta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.c) de la misma que atribuye a la Agencia de Protección de Datos competencias en esta materia”.

- Instrucción 2/1996, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de datos, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los casinos y salas de bingo; que hacía una aclaración idéntica a la contenida en la instrucción anterior.

- Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia de Protección de Datos, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación. Dictada con apoyo expreso en el artículo 36.c) de la LORTAD, explicaba su preámbulo que “El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación aparece regulado no sólo en la Ley Orgánica 5/1992, sino también en el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos procedimentales de la citada Ley”. Y que, en consecuencia, y a la vista de “que en su aplicación se presentan problemas interpretativos y [de] que es necesario precisar el ejercicio de estos derechos en relación con algunos ficheros que presentan características especiales”, “*la Instrucción recoge la regulación de dichos derechos de acuerdo con la Ley Orgánica 5/1992 y el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, y realiza una interpretación unitaria de los preceptos teniendo en cuenta la totalidad de principios legales*”.

- Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia de Protección, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos. Fue ésta la primera de las instrucciones dictadas al amparo del artículo 37.1.c) de la LOPD y revistió cierta importancia, porque su impugnación ante los tribunales permitió abrir una línea jurisprudencial pacífica sobre el carácter normativo de las instrucciones de la Agencia (cf. *infra* apartado 3) y por la singularidad del desarrollo en que consistía. Explicaba a este último respecto su parte expositiva lo siguiente:

“El régimen del movimiento internacional de datos de carácter personal ha sido, desde la aprobación de la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), una de las cuestiones que ha suscitado un mayor número de dudas por parte de los responsables de los ficheros y la sociedad en general.

El motivo de estas dudas probablemente se encuentre en el hecho de que las normas reguladoras en esta materia contenidas en la Ley y sus normas de desarrollo hayan debido adaptarse a las incluidas en los artículos 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, así como por las Decisiones que, en cumplimiento de los citados preceptos se adopten por la Comisión de las Comunidades Europeas.

(...) No es finalidad de esta Instrucción efectuar innovación alguna dentro de la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal sino, simplemente, aclarar y facilitar a todos los interesados en un único texto, el procedimiento seguido por la Agencia para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la diversidad de normas que se refieren al movimiento internacional de datos”.

El punto III del preámbulo se detenía en la mencionada diversidad de criterios, contenida en algunas normas de Derecho comunitario europeo y recogida en parte en nuestro Derecho interno:

“Los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 15/1999 establecen el régimen al que habrán de someterse los movimientos internacionales de datos. Estos preceptos, sin modificar el criterio general que habrá de regir las transferencias, esto es, la exigencia de autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos, vienen a adecuar el régimen de excepciones a dicha autorización, añadiendo a los ya contemplados en la LORTAD otros deducidos de lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE. En particular, el artículo 34 k) de la Ley Orgánica 15/1999 exceptúa del régimen general de autorización el supuesto en que «la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus



competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado».

En este sentido, deben tenerse en cuenta las recientes Decisiones de la Comisión de las Comunidades Europeas, números 2000/518/CE , 2000/519/CE y 2000/520/CE, de 26 de julio (publicadas en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» de 25 de agosto de 2000), que consideraron adecuado el nivel de protección de datos personales en Suiza, Hungría, así como «el conferido por los principios de Puerto Seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos».

El régimen regulador del movimiento internacional de datos se encuentra, en todo caso, gobernado por el principio general, contenido en el artículo 25.1 de la Directiva, de que la transferencia a empresas o Administraciones ubicadas en el territorio de terceros Estados deberá entenderse «sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de derecho nacional adoptadas con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva». En este mismo sentido se pronuncian las Decisiones de la Comisión de las Comunidades Europeas a las que acabamos de hacer referencia en su artículo 2”.

- La Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones, cuyo objeto ya se ha explicado antes.

- Por último, la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

El preámbulo de esta última instrucción resulta de singular importancia, pues recoge la doctrina del principio de proporcionalidad siguiendo la jurisprudencia constitucional establecida en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, en estos términos: “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

A su vez, la relevancia del juego del principio de proporcionalidad es notable, toda vez que la AEPD tiene sentada la siguiente doctrina: que, si bien la previsión expresa en una norma con rango de ley de un determinado tratamiento o cesión de datos basta en principio para entenderlos conformes a la Ley Orgánica 15/1999 [artículos 6.1 y 11.2.a) de ésta], dicha previsión debe resultar igualmente respetuosa con los restantes principios contenidos en la citada ley orgánica y, particularmente, con los contenidos en su artículo 4, cuyo primer apartado recoge justamente el principio de proporcionalidad, al establecer que "los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido" (cf. dictamen del Consejo de Estado número 1.904/2009, de 19 de noviembre, sobre el anteproyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo).

### **C. Posición en el sistema de fuentes: opiniones de la doctrina y postura de la jurisprudencia**

§ En la doctrina, apenas ha suscitado interés la cuestión de las instrucciones de la AEPD desde el punto de vista de su encaje en el sistema de fuentes. Se da por supuesto que ejerce este singular poder normativo, con los límites propios que le impone la ley que se lo otorga, hoy el artículo 37.1.c) de la LOPD.

Dice así RALLO LOMBARTE que, en el ejercicio de sus competencias, la Agencia ostenta, entre otras, potestades de tipo normativo, como la de dictar las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a la legislación vigente<sup>519</sup>. También la presupone en cierto modo VIZCAÍNO CALDERÓN, quien vincula la potestad de dictar instrucciones con la de aprobar recomendaciones, al hilo del artículo 5 del Estatuto de la AEPD: "la Agencia –dice-, a través de su Director, ejercita un poder específico de contenido eminentemente técnico e instrumental para facilitar la adecuación de los tratamientos a las disposiciones de la Ley. Naturalmente, se trata de un poder

---

<sup>519</sup> RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, cit., p. 134.

normativo subordinado a la Ley y a las normas reglamentarias que la desarrollan”<sup>520</sup>.

Con mayor detenimiento abordó este punto MURO I BAS en uno de los primeros trabajos sobre la materia. Aunque opinaba que el artículo 36 de la LORTAD no confería una atribución expresa, entendía que sus términos obligaban a plantearse la existencia de una potestad reglamentaria, la cual –hasta ese momento– había sido afirmada con más o menos claridad por algunos autores (GONZÁLEZ NAVARRO, BETANCOR RODRÍGUEZ por él citados<sup>521</sup>). Tampoco la tramitación parlamentaria arrojaba luz sobre este punto y, en fin, de una interpretación sistemática y teleológica de la ley cabía deducir, en su opinión, argumentos contrarios y favorables a la concesión de un auténtico poder reglamentario a la Agencia.

El mencionado autor se inclinaba por el carácter normativo de las instrucciones, “basándome principalmente –decía– en la función que se les atribuye, es decir, por cuanto se caracterizan como instrumento de concreción de los principios generales enunciados por la ley, instrumento al que cabe presumir una pretensión de generalidad en tanto en cuanto se refiere no a un sujeto determinado (los titulares de ficheros), sino a la actividad que realizan éstos (y, por ello, a una pluralidad de sujetos sin determinar), los «tratamientos de datos» (...)”<sup>522</sup>.

Ahora bien, en cuanto al fundamento de esta potestad, prefería apartarse de la explicación relativa a la complejidad técnica y al grado de especialización de la materia –la cual, con matices, era la ofrecida por BETANCOR y por la STC 135/1992– y desechaba igualmente la posibilidad de que estas normas pudieran constituir una especie distinta de los reglamentos *stricto sensu*, “normas jurídicas que integrarían una nueva categoría (las normas técnicas, quizás)”. A su juicio, “las mismas razones que justificarían la necesidad de configurar un ente independiente del Gobierno como autoridad de control en este campo justificarían que el mismo fuera el encargado

---

<sup>520</sup> VIZCAÍNO CALDERÓN, M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2001, p. 405.

<sup>521</sup> El primero en “El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, págs. 26-27. BETANCOR RODRÍGUEZ en su obra *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 183, 185 y 247.

<sup>522</sup> MURO I BAS, X., “La Agencia de Protección de Datos”, cit., p. 396.

de desarrollar la LORTAD en sus aspectos más significativos (...). Es decir, ya que la finalidad de la ley es concretar, y así reforzar, las garantías de protección de un derecho fundamental (en opinión de la mayoría de la doctrina), y que además la posible actuación lesiva puede provenir de la misma Administración, se aumentan las garantías si el desarrollo normativo se atribuye al ente de control «independiente » (y utilizo las comillas por las dudas planteadas respecto al alcance de este calificativo) del Gobierno. Entiendo, pues, que la atribución de esta potestad se basa en la independencia de la APD (...), al mismo tiempo que la refuerza”<sup>523</sup>.

Por último, respecto de sus relaciones con los reglamentos gubernamentales, MURO I BAS discrepaba también de la tesis más común, defendida entre otros por PAREJO y BETANCOR, que sostiene “que constituye un requisito para su validez [de estos productos normativos] no sólo la previa habilitación legal, sino también la subordinación a la potestad reglamentaria del Gobierno”. Aunque ello sería lo idóneo en principio dado el silencio de la LORTAD (la cual, en cualquier caso, consagraba tanto la atribución a la Agencia como la habilitación genérica al Gobierno en su disposición final primera), entendía sin embargo que “por el hecho de estar en juego un derecho fundamental, el alcance de la potestad reglamentaria debe estar claramente delimitado en la ley, e interpretarse restrictivamente, para lo que parece preferible la tesis de que debe preservarse el ámbito normativo específico reservado a la APD en el artículo 36.c) de la LORTAD frente al Gobierno (aplicando, en cierto modo, el principio de competencia)”<sup>524</sup>.

§ En los tribunales, la primera sentencia que trató sobre la impugnación de una instrucción de la Agencia fue la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2006, que confirmó en casación la de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2002, la cual había estimado parcialmente a su vez el recurso interpuesto contra la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia de Protección, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos. Como antes se dijo, la resolución del Alto Tribunal parte implícitamente de que cabe recurso contra la norma, que se dicta al amparo de ciertos preceptos de la LOPD. Dice, en

---

<sup>523</sup> *Ibidem*, pp. 397-398.

<sup>524</sup> *Ibidem*, pp. 309-401.

efecto, su fundamento jurídico quinto que “la Sala de instancia no anula las Normas 3ª.2; 4.1 y 6ª de la Instrucción 1/2000, sino que las anula solo en cuanto pretendan extender su aplicación a los supuestos en que la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 34 ha dispuesto que no procede la aplicación del artículo 33, precepto este que en relación al movimiento internacional de datos establece limitaciones y controles, tal y como antes se ha transcrito. La conclusión resulta lógica: *en los supuestos en los que la propia Ley fija excepciones en relación a las limitaciones y controles, la Instrucción de la Agencia, que tiene por objeto el desarrollo de la práctica y ejecución de éstos, no poder ser [sic] de aplicación lo que es una consecuencia obligada del tenor del artículo 34 de la Ley Orgánica 15/1999*”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2007 ha sido más explícita al respecto<sup>525</sup>. La sentencia de instancia, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de octubre de 2002, había desestimado el recurso interpuesto contra la Instrucción de la Agencia de Protección de Datos número 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito, por entender que tal instrucción “viene a interpretar diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/1992, con apoyo en la sentencia de 28 de junio de 1999, relativa a la Circular 1/1992 de contenido tributario, concluyendo que la Instrucción es un acto administrativo y no una norma, por lo que resultan rechazables todas las alegaciones referidas al incumplimiento del procedimiento de elaboración de disposiciones generales” (en el resumen que lleva a cabo el FJ 1º de la STS ahora analizada).

---

<sup>525</sup> La doctrina que sienta ha sido reiterada por la sentencia de la Audiencia nacional de 2 de marzo de 2009. La sentencia desestima el recurso interpuesto contra una sanción impuesta por la AEPD. El recurrente había alegado que “la Instrucción 1/1995 no puede servir para integrar el tipo infractor del art. 44.3.d) LOPD por no tener la consideración de disposición reglamentaria de desarrollo de la citada Ley Orgánica” (concretamente, el citado precepto de la LOPD tipifica como infracción grave la conducta consistente en “tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituye infracción muy grave”; en tanto que la Norma 1ª de la Instrucción 1/1995 establece que la inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias debe efectuarse solo cuando concurren determinados requisitos, entre ellos el requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación). A estos efectos, considera la sentencia de la Audiencia Nacional que “no existe vulneración alguna del principio de legalidad sancionadora” (FJ 7º *in fine*).

La tesis de la recurrente en casación, la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, era simple: la Instrucción de la APD era una norma y, como tal, había vulnerado el principio de jerarquía normativa frente a la LORTAD y había sido dictada prescindiendo del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales. Desestima el Tribunal Supremo el recurso, sobre la base de que la LOPD confiere a la AEPD una *potestad específica para dictar instrucciones, distinta de la potestad reglamentaria de desarrollo de la ley* (con invocación expresa de la jurisprudencia del TS contenida en las sentencias de 20 de diciembre de 2004 y 1 de febrero de 2006, relativas a circulares de la CMT). El razonamiento se completa distinguiendo a estas instrucciones de la AEPD, dictadas en ejercicio de una potestad específica, de las instrucciones internas u órdenes de servicio del artículo 21 de la LRJAP, que no tienen eficacia *ad extra*. La formulación de esta doctrina de la "categoría intermedia" (normas vinculantes para terceros, pero conferidas específicamente por la ley y diversas por ello de la potestad reglamentaria) se expresa en los siguientes términos en los fundamentos jurídicos tercero, quinto y sexto:

"Se desprende de tal regulación [artículos 36 de la LORTAD y 5 del Estatuto de la Agencia] la atribución a la Agencia de Protección de Datos de la facultad de dictar Instrucciones de eficacia "ad extra", en cuanto se dirigen a quienes operan en el tratamiento informatizado de datos y resultan de obligada observancia, como se desprende del art. 43.2.b) de la propia Ley , que sanciona el incumplimiento de las Instrucciones dictadas por el Director de la Agencia de Protección de Datos, distintas, por lo tanto, de aquellas Instrucciones a que se refiere el art. 21 de la Ley 30/92 , dirigidas a los órganos jerárquicamente dependientes y destinadas a ordenar las actividades del servicio en virtud de las facultades de dirección, que producen efectos "ad intra" y cuya obligatoriedad para los subordinados no derivan de un carácter normativo que no tienen sino de los deberes impuestos en virtud del principio de jerarquía al que responden.

Por otra parte, los propios preceptos transcritos distinguen entre dicha potestad atribuida a la Agencia de Protección de Datos y la potestad reglamentaria de desarrollo de la Ley mediante la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, en relación con la cual la Agencia sólo tiene facultades de informe y que la Ley atribuye en su disposición final al Gobierno. *No se trata, por lo tanto, de atribuir a la Agencia de Protección de Datos el desarrollo reglamentario de la Ley sino de que la misma, como Ente público al que se encomienda el control de la aplicación de la Ley, dirija tal aplicación estableciendo las instrucciones que entienda precisas para conseguir que el tratamiento automatizado de datos se ajuste a los principios que la Ley dispone, delimitando así el ámbito de la potestad*

reconocida y con ello de la finalidad y objeto de tales instrucciones, que se proyectan sobre la aplicación de la Ley, al margen, por lo tanto, de su desarrollo reglamentario mediante las correspondientes disposiciones generales, en el que la intervención de la Agencia se limita a la emisión de los correspondientes informes.

(...) En semejantes circunstancias y con el mismo fundamento el legislador [se había referido antes a las sentencias sobre circulares de la CMT], valorando las características del sector del tratamiento automatizado de datos, que presenta un gran dinamismo en la evolución de las situaciones, derivada de las constantes innovaciones tecnológicas y ampliación de las aplicaciones y campos de utilización, establece un Ente público para el control de la aplicación de la Ley, que actúa con plena independencia en el ejercicio de sus funciones, a cuyo efecto le atribuye la potestad de dictar Instrucciones que, de un lado, *va más allá de la genérica potestad "ad intra" reconocida en el art. 21 de la Ley 30/92 a los órganos administrativos para dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente subordinados, en cuanto lo establecido en dichas Instrucciones por la Agencia, como Ente público de control, viene a ordenar la actuación de los operadores en el tratamiento automatizado para su adecuación a los principios establecidos en la Ley, con carácter obligatorio y eficacia "ad extra", sujeto al control de la propia Agencia mediante el ejercicio de la potestad sancionadora, y de otro lado, la potestad atribuida a la Agencia deja a salvo y no alcanza al desarrollo reglamentario de la Ley a través de la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, que corresponde al Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria"* (FJ 3º).

(...) "En el segundo motivo se plantea la infracción del principio de jerarquía normativa, afirmando que la Instrucción goza de un carácter auténticamente reglamentario que impone a los sujetos que caen bajo su ámbito de aplicación una serie de derechos y obligaciones que no encuentran cobertura en las disposiciones normativas superiores, infracción que entiende evidente en la Norma tercera de la Instrucción.

(...) Lo primero que ha de significarse es que, contrariamente a lo que se sostiene por la parte, su propia argumentación pone de manifiesto que el contenido de dicha Norma tercera se integra en el ámbito propio de las competencias atribuidas por la Ley Orgánica 5/92 a la Agencia, en cuanto se *trata de una norma interpretativa del art. 28.3 que viene a dar certidumbre a su aplicación respecto al cómputo del plazo allí establecido* y, por lo tanto, no afecta al desarrollo reglamentario de la Ley ni invade la potestad reglamentaria del Gobierno. Por otra parte y también contrariamente a lo que se sostiene por la recurrente, la interpretación que se recoge en la Instrucción se acomoda a los principios de la Ley, como exige su art. 36 .c), pues, refiriéndose el art. 28.3 a los datos adversos sobre la solvencia económica de los afectados, lógicamente alude a su insolvencia y no a la cancelación de la deuda que es un dato de solvencia, además de que, entre los principios de la protección de datos a que se refiere el Título II de la Ley Orgánica 5/92 , se indica, entre otros, que los datos no serán conservados

en forma que permita la identificación del interesado durante un periodo superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados (...)" (FJ 5º).

(...) "En los motivos tercero y cuarto se defiende la condición de la Instrucción impugnada de disposición de carácter general, de acuerdo con la jurisprudencia que cita, y en consecuencia la infracción del procedimiento de elaboración de tales disposiciones generales, concretamente la omisión del trámite de audiencia, informe de la Secretaría General Técnica y dictamen del Consejo de Estado.

(...) El planteamiento de la recurrente y de dicha sentencia se proyecta sobre el alcance de la genérica potestad reconocida en el art. 21 de la Ley 30/92 a los órganos superiores para dirigir la actividad de los subordinados mediante Instrucciones y Circulares (órdenes de servicio según la terminología de dicho precepto), considerando que la superación de sus estrechos cauces, incidiendo ad extra en los derechos y deberes de los particulares, determina su tratamiento como reglamento y subsiguiente sujeción al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, pero con ello no tiene en cuenta que en este caso *la Instrucción en cuestión no responde al ejercicio de esa potestad genérica sino de la que específicamente le atribuye el legislador a la Agencia de Protección de Datos, cuyo alcance, como se ha señalado antes, va más allá, ordenando la actuación de los operadores en el tratamiento automatizado de datos para su adecuación a los principios establecidos en la Ley, con carácter obligatorio y eficacia "ad extra", si bien no alcanza al desarrollo reglamentario de la Ley a través de la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, que corresponde al Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, lo que determina el marco de ejercicio de dicha potestad, que no resulta superado por la genérica alegación de incidencia en los deberes de los destinatarios, siendo preciso para ello que se justificara que dicha incidencia va más allá de la que propicia la potestad conferida por la Ley, invadiendo el ámbito propio de su desarrollo reservado al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, lo que no resulta de las alegaciones de la parte, como ya se señaló en la sentencia recurrida.

Finalmente esa atribución de potestad se proyecta sobre el procedimiento, que habrá de acomodarse y contrastarse con el establecido para la adopción de sus acuerdos por la Agencia de Protección de Datos en su normativa específica y no con el establecido para la elaboración de disposiciones generales en el ejercicio de la potestad reglamentaria de desarrollo de la Ley, que se invoca por la recurrente y que no es el caso" (FJ 6º).



PARTE TERCERA. RASGOS GENERALES Y CONSTRUCCIÓN  
CONCEPTUAL DE LA POTESTAD NORMATIVA DE LAS  
ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

***CAPÍTULO XII***  
***EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DE LAS***  
***ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES***

**I. Introducción**

Se han estudiado en la primera parte de este trabajo las exigencias de la realidad que han hecho surgir en el Estado contemporáneo, exigiendo de éste un esfuerzo por adaptarlas a los requerimientos constitucionales, la figura de las llamadas Administraciones independientes.

Tras analizar su configuración jurídico-positiva y el reconocimiento que los textos legales que las disciplinan hacen de su potestad normativa, debemos ocuparnos ahora de su caracterización general desde una triple perspectiva: la del procedimiento mediante el que elaboran tales disposiciones normativas (Capítulo XII); la del contenido por antonomasia de gran parte de estas normas, que se ha querido ver como parte de una nueva y autónoma función de regulación, y el establecimiento de sus formas de control (Capítulo XIII); y, por último, la perspectiva del encaje de tales normas en el sistema de fuentes (Capítulo XIV).

El aspecto concreto del procedimiento normativo de las Administraciones independientes es quizá –junto con el de la misma admisión de su potestad reglamentaria de atribución y el relativo a los mecanismos de control jurisdiccional y de otro tipo (capítulos preliminar y XIII, apartado IV, respectivamente)- el que mejor da cuenta de la complejidad que caracteriza todo el proceso de actuación administrativa de estas entidades, que se sitúa a caballo entre dos mundos: el bien perfilado y consolidado dogmática y jurisprudencialmente de la Administración surgida de la Revolución francesa (que en España cuenta ya con siglos de experiencia y en el

que, por lo que ahora interesa, vio la luz una legislación de procedimiento administrativo ciertamente pionera que encuadraba dentro de ella la potestad reglamentaria del Gobierno: Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y vigente Ley del Gobierno); y el constituido por toda otra serie de problemas y realidades que surgen al hilo de una nueva manera de concebir la Administración en el marco del Derecho europeo y global con perfiles aún no bien definidos.

En términos de procedimiento de emanación de normas reglamentarias, cierto que la audiencia a los ciudadanos afectados sigue siendo la pieza clave por razones constitucionales (artículo 105 de la Constitución)<sup>526</sup>; tanto como que los nuevos modos de participación pública, basados por lo general en técnicas no formalizadas de información al público, se hacen ya presentes en regulaciones como las del Consejo de Seguridad Nuclear.

Pensando en la definición de su régimen normativo, es igualmente indudable que una de las mayores preocupaciones continúa situándose en la mejora de los aspectos concretos de las técnicas acuñadas en la Ley del Gobierno<sup>527</sup>; al igual que esas mismas propuestas coinciden muchas veces con esa nueva manera de concebir la producción de normas administrativas<sup>528</sup>.

---

<sup>526</sup> Con expresión clásica, el valor de la audiencia a los sectores afectados como técnica de protección de los administrados ha sido destacado en el Derecho francés por Prosper WEIL: “obligando a la Administración a consultar a los interesados antes de elaborar sus normas, el Derecho administrativo haría progresar la protección del ciudadano tanto como pudiera hacerlo afinando las técnicas contenciosas” (WEIL, P., *El Derecho administrativo*, 1964, trad. esp. L. Rodríguez Zúñiga, Taurus, Madrid, 1966, con prólogo de L. Martín Retortillo, del que está tomada la traducción de la cita, pp. 14 y 126).

<sup>527</sup> Muestra de lo cual son, entre otros muchos, los dos trabajos dedicados al tema por SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “La Administración como poder regulador”, en VVAA (dir. F. Sáinz Moreno), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004; y, en parte reelaboración del anterior, “Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2 (julio-diciembre 2004), pp. 74-95; y también los dos consagrados al mismo objeto por LAVILLA RUBIRA, J. J.: “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, *Justicia Administrativa*, nº 1, 1998, pp. 5-22; y “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno doce años después”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 17-29.

<sup>528</sup> En los epígrafes 74-77 de *La teoría general del Derecho administrativo como sistema* (trad. esp. de esa parte por R. García Macho, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 338 ss.), E. SCHMIDT-ASSMAN plantea de forma extraordinariamente incisiva algunos de los problemas de la que llama precisamente “producción de normas administrativas”. La coincidencia de fondo de muchas de las preocupaciones, respecto a los trabajos citados en nota anterior, es clara (vg. la obligación del órgano administrativo de revisar periódicamente las normas para comprobar si han quedado desfasadas; o incluso la pérdida de vigencia por el transcurso de determinados plazos: cf. p. 340); como podría serlo la intención de integrar en las normas de procedimiento los esquemas de negociación previa con el círculo de sujetos afectados.

Igualmente, en clave de método de estudio debe dejarse constancia desde ahora de que los problemas planteados por las normas reglamentarias (similares a los suscitados por las de las Administraciones independientes) no son enteramente novedosos: a ellos han tratado de subvenir, entre otras cosas, las modificaciones introducidas en la Ley del Gobierno mediante Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, regulador de la memoria de análisis del impacto normativo<sup>529</sup>. Ahora bien, tales reformas toman ideas, no ya sólo de las soluciones aportadas en clave del Derecho norteamericano, sino fuertemente inspiradas en los nuevos métodos de mejora de la regulación<sup>530</sup>.

El hecho de que el procedimiento actúe, de alguna manera, como catalizador de todas estas perspectivas aconseja su tratamiento preliminar, antes de abordar las cuestiones del contenido, control y posición en el sistema de fuentes de las normas emanadas de las entidades administrativas dotadas de autonomía. A nuestro modo de ver, la confluencia de las diversas virtualidades que aglutina en torno a sí el procedimiento fue puesta de relieve por LAVILLA RUBIRA de forma brillante, al tratar de la participación pública en el proceso de elaboración de normas reglamentarias en los EEUU (sobre lo que luego se volverá tratando de observar sus similitudes y diferencias con las formas de participación previstas por la legislación española): "Vía que permite mejorar la calidad del contenido de las normas reglamentarias; medio por el que se concede a los potenciales afectados la posibilidad de defender sus derechos e intereses

---

El planteamiento metodológico, que en varios puntos acusa el retraso sobre la legislación española más avanzada, apunta sin embargo a muchas de las cuestiones que suscita el procedimiento reglamentario en clave actual, y muy especialmente el de las Administraciones independientes.

<sup>529</sup> Puede verse sobre ello el resumen de la Memoria elevada al Gobierno por el Consejo de Estado en el año 2009, pp. 153 ss. [cf. pp. 190 ss. en la versión de su *web*: <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202009.pdf>].

<sup>530</sup> Respecto a lo primero, tempranamente estudiado también por LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, 1991.

Los métodos de *better regulation* coinciden, a su vez, con determinados planteamientos metodológicos del sistema del Derecho administrativo que exigen la atención a estos nuevos factores. Así por ejemplo, la renovación de los aspectos del procedimiento administrativo pasa por una mayor atención al peso de la participación de expertos y de asociaciones. Problema tradicional, que puede llegar sin embargo, en el extremo, a una nueva forma de administración consensual (creación de normas por entidades asociativas privadas o autorregulación: cf. SCHMIDT-ASSMAN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, cit., p. 343). Sin llegar a tal desplazamiento, cuando dicha participación se integra en el aparato estatal, surge la llamada "responsabilidad estatal de regulación del marco normativo" (cf. Rodríguez de Santiago, J. M.<sup>a</sup>, *La Administración del Estado social*, cit., pp. 73 ss.), que conecta con el sentido amplio de la regulación que se verá *infra* en el Capítulo XII.

sustantivos y se les otorga un tratamiento adecuado a las exigencias de su dignidad; instrumento de legitimación democrática del ejercicio del poder cuasilegislativo por agencias no representativas”<sup>531</sup>

## **II. Las exigencias de elaboración de las disposiciones de carácter general: el problema de su aplicación a estas entidades**

### **A. Los diversos modelos normativos**

Por lo que se refiere a la tramitación formal de las normas de las Administraciones independientes, se está lejos aún de llegar a un sistema homogéneo que defina claramente por ley el procedimiento de elaboración de estas disposiciones administrativas y la audiencia de los ciudadanos afectados [artículo 105.a) de la Constitución].

En el punto concreto de si resultan aplicables a estas Administraciones las exigencias de elaboración formal que se prevén para las disposiciones generales por el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (normas que no tienen carácter básico, a diferencia del que cabía predicar de las contenidas en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo), cabe hablar de diversos modelos. En un extremo, se encontraría el sistema de pretendida inaplicación total de dicho régimen que recoge el artículo 3 de la LBE, como una muestra más de la autonomía funcional que dicha ley diseña para el Banco de España (si bien, como se verá, las normas reglamentarias sobre el particular se acercan mucho a los requisitos previstas en aquella regulación general). En el otro, cabe situar la previsión actual de la Ley 16/2007, que exige que las normas dictadas por el ICAC se ajusten al procedimiento de

---

<sup>531</sup> Cf. LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, cit., p. 110. La cita constituye una recapitulación de las distintas razones que sirven de fundamento material al “principio general de participación pública en el procedimiento reglamentario” en los EEUU de Norteamérica.

Como se ve, conecta ampliamente con las ideas recientes de mejora de la regulación (es, por así decir, la finalidad primera e inmediata de esta exigencia), pero toca además los aspectos de fondo de la legitimidad democrática –que allí tienen que superar sobre todo la estricta concepción de la separación de poderes- y, en fin, comprende también la tutela de los intereses particulares potencialmente afectados (cf. a este último respecto *ibidem*, pp. 100-103). Lo más destacable, con todo, es que –a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho y en los europeos de nuestro entorno- esta última vertiente no revela una exigencia constitucional, como el propio autor aclara unas páginas después.

elaboración de la Ley del Gobierno, como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, al que no repugna por tanto la aplicación de una norma prevista para ser empleada por aquél<sup>532</sup>.

Entre ambos sistemas, se encontrarían las reglas establecidas para la CNMV o la CNE, las cuales –sin pronunciarse sobre la aplicación de aspectos del régimen general de elaboración de disposiciones administrativas– pretenden un régimen de garantías similar<sup>533</sup> (lo mismo puede decirse de la CMT, si bien en este caso se excluye expresamente lo previsto por los antiguos preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo mediante norma con rango de real decreto, lo que plantea ampliamente todo el tema de la ordenación de bloques normativos y regímenes de aplicación que se verá después).

En fin, algunas de estas entidades hacen girar aún por completo las garantías de elaboración sobre la idea de una publicidad suficiente (AEPD, una línea que ha venido a reforzar la Ley de Economía Sostenible), mientras que el CSN sigue un régimen singular, con una fuerte impronta de participación pública directamente inspirada en la Ley 27/2006 (de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente).

## **B. Las previsiones de la Ley de Autonomía del Banco de España**

§ El artículo 3 de la LABE, en su apartado 2, primer párrafo, precisa lo siguiente: “Unas y otras disposiciones [circulares y circulares monetarias] serán publicadas en el ‘Boletín Oficial del

---

<sup>532</sup> Por ello, en el caso del ICAC los problemas planteados son de orden muy diferente. Se trata de saber si las reglas de procedimiento son exigibles como tal a las normas aprobadas por la entidad (solución consagrada hoy por vía legislativa) o si, como sostuvo una jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo, bastaba en tales casos con que las hubiera observado la norma habilitante. Sobre el particular se volverá *infra*, en el apartado III.B y, con menor detenimiento, en el último Capítulo al tratar de la distinción de figuras afines (reglamentos de las Administraciones independientes y disposiciones administrativas: apartado IV.C).

<sup>533</sup> En el caso de la Comisión Nacional de Energía, estas garantías –en especial, el trámite de audiencia a los ciudadanos afectados– han solido exigirse conforme a lo previsto para cualquier procedimiento administrativo en la LRJAP, lo que sitúa la cuestión a la luz de lo requerido por el apartado c) del citado artículo 105 de la Constitución, cuya mismo tenor literal es bien significativo de la diferencia (“garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”). Por lo demás, el artículo 8.4 de la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible reitera hoy la aplicación de la LRJAP “en lo no previsto en las anteriores normas” (la propia LES y su legislación específica) para los llamados por ella organismos reguladores, entre los que se cuentan la CNE y la CMT.

Estado' y entrarán en vigor conforme a lo previsto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil. Se elaborarán, previos los informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar. No les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, si bien, en el caso de las 'Circulares', deberán ser oídos los sectores interesados".

La cuestión del procedimiento de emanación de las disposiciones reglamentarias del Banco de España se planteó, desde el primer momento, como una de las piezas claves en el debate doctrinal acerca del reconocimiento de potestad normativa a tal entidad. Aún bajo la vigencia de la LORBE, PARADA VÁZQUEZ vino a poner el acento en los aspectos, cada vez más relevantes del procedimiento y de la publicidad en el sistema de producción de normas de origen jurídico-administrativo. Lo cual se afirmaba entonces, por remisión, claro es, a lo dispuesto en los artículos 105 de la Constitución y 125 a 132 de la Ley del Procedimiento Administrativo de 1958. "Estas exigencias procedimentales son de aplicación a todas las regulaciones administrativas sobre las relaciones crediticias (...) y a los desarrollos últimos del Banco de España si se estimase, frente a nuestra opinión, que ostenta un poder reglamentario. En consecuencia, la regularidad de las medidas interventoras pasa por la audiencia preceptiva, aunque no vinculante, de las asociaciones y entes representativos de la banca privada y cajas de ahorro, así como de las organizaciones de consumidores, todo lo cual debe quedar formalmente reflejado en el procedimiento"<sup>534</sup>.

También en su réplica al citado trabajo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ concedió sin discusión que "naturalmente, el ejercicio por el Banco de dichos poderes [normativos] en los casos en que le hayan sido válidamente reconocidos debe sujetarse en el orden formal a lo dispuesto por la Ley de Procedimiento Administrativo, a la que el Banco está expresamente sujeto cuando actúe en su calidad de

---

<sup>534</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.: "Valor jurídico de la Circular", *cit.*, p. 319.

entidad de Derecho público (artículo 2 de la LORBE), como en este caso ocurre”<sup>535</sup>.

Sin embargo, la LABE estableció que las disposiciones del Banco de España “se elaborarán, previos los informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar”, a lo que añadía que “no les será de aplicación lo dispuesto en el capítulo primero del título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, si bien en el caso de las ‘circulares’ deberán ser oídos los sectores interesados”. Parece ser que pesó en la elaboración de esta regla la concepción del Banco de España como entidad dotada de completa autonomía en punto a la política monetaria y, en sus restantes funciones, sometida al Gobierno sólo en cuanto actuase en ejercicio de las potestades administrativas que le confiriesen la LABE u otras leyes. Éste es, en efecto, el sentido que se desprende del artículo 1 de la LABE en sus diversas prescripciones: el Banco de España “en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración General del Estado” (artículo 1.1); “quedará sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por ésta u otras leyes”, en cuyo caso resultará de aplicación lo previsto en la LRJAP (artículo 1.2-1º); no estará sometido, en fin, a las previsiones contenidas en la LOFAGE (artículo 1.2-3º).

§ En un trabajo publicado antes de que cambiase el tenor literal del artículo 1.3 de la LABE en virtud de la Ley 12/1998, de 28 de abril (para sustituir la mención de los artículos 129 y siguientes de la LPA por la del artículo 24 de la Ley del Gobierno, como precepto regulador del procedimiento de elaboración de disposiciones generales), POMED SÁNCHEZ planteó con cierta extensión el asunto del procedimiento de aprobación de disposiciones del Banco de España<sup>536</sup>. Lo hizo con ocasión de la aprobación del primer Reglamento Interno del Banco de España (RIBE), aprobado por Resolución de 14 de noviembre de 1996 y publicado en el BOE de 21 de noviembre siguiente, que se refería

---

<sup>535</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Los poderes normativos del Banco de España”, *cit.*, p. 28 (nota núm. 37).

<sup>536</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., “Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno”, *cit.*

en sus artículos 3 a 5 a las normas sobre el procedimiento de elaboración de las circulares y circulares monetarias.

Consideraba el citado autor que tales normas, así como el propio artículo 3.2 de la LBE, debían ser objeto de interpretación a la luz de las exigencias básicas del procedimiento administrativo común que imponían entonces los artículos 129 a 132 de la LPA. En particular, tales exigencias serían de aplicación a las normas sobre procedimiento normativo del Banco de España en función del entendimiento del procedimiento administrativo común que se había hecho en la jurisprudencia constitucional. Ésta había superado una inicial comprensión procedimental o procesalista del artículo 149.1.18ª de la Constitución, recogida en la STC 15/1989, de 26 de enero (conforme a la cual "el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general es un procedimiento administrativo especial, respecto del cual las Comunidades Autónomas gozan de competencias exclusivas cuando se trata del procedimiento de elaboración de sus disposiciones de carácter general" [FJ 7]) para avanzar hacia una concepción que pudiera llamarse sustantivista o de protección del aspecto de garantía, presente en la STC 204/1992, de 26 de noviembre, y según la cual habría de reconducirse el procedimiento administrativo común "al conjunto de garantías que aseguren el tratamiento común de los ciudadanos por parte de las Administraciones públicas, directamente coherentes con las bases del régimen jurídico de éstas"<sup>537</sup>.

En relación con la potestad reglamentaria del Banco de España, añadía POMED, lo anterior significaba que sería preciso "determinar qué contenido concreto del Capítulo Primero del Título VI LPA (artículos 129 a 132) merece la consideración de materialmente básico por relación no sólo con el artículo 149.1.18ª de la Constitución, sino también con el conjunto de preceptos donde cristalizan los principios constitucionales informadores del actuar de las Administraciones Públicas". Concluía afirmando que "ello explica que el artículo 3.2 de la LBE, no obstante establecer la inaplicabilidad a las Circulares y a las Circulares Monetarias de lo dispuesto en los artículos 129 y siguientes de la LPA, haga referencia expresa a los informes y consultas previas que garanticen la

---

<sup>537</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., "Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno", cit., p. 671.



objetividad y el pleno sometimiento del Derecho a la actuación del Banco de España en este punto (...) y salve en todo caso el trámite de audiencia a los interesados (...), al tiempo que atribuye la competencia para su fiscalización a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (...). Asimismo, permite comprender el verdadero sentido de los artículos 3 a 5 RIBE y su conexión tanto con la LAP como con la Ley Orgánica del Consejo de Estado (LOCE)”<sup>538</sup>.

Una concepción ésta que vendría a quedar reflejada, por lo demás, en la LRJAP, cuya exposición de motivos (apartado 2) es expresiva al respecto:

“La delimitación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se engloba en el esquema «bases más desarrollo» que permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales. Sin embargo, respecto al procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, aunque su formulación jurídica sea la manifestación expresa y la traducción práctica para los ciudadanos de la aplicación regular del propio régimen jurídico, la Constitución las contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado.

La Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos *ratione materiae* que deberán respetar, en todo caso, estas garantías. La Constitución establece la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las especialidades derivadas de su organización propia pero además, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no se puede disociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento, por lo que también ha de ser posible que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, pues lo reservado al Estado no es todo procedimiento sino sólo aquel que deba ser común y haya sido establecido como tal. La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrán de respetar siempre las reglas del procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de Procedimiento Administrativo Común”.

---

<sup>538</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., *op. cit.*, pp. 672-673. La referencia a la LOCE se explica en el contexto del trabajo, que analiza las cuestiones tanto del título de emisión del dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Reglamento Interno del Banco de España, como de la exigencia de preceptivo dictamen de aquél que vino a establecer el citado reglamento para la emisión de circulares o circulares monetarias del Banco de España en ciertos casos (cfr. a este último respecto lo dicho *infra* en el apartado C.2 de este epígrafe).

Sin necesidad de profundizar ahora sobre el particular, cabe añadir, por último, que esta construcción de la noción “procedimiento administrativo común” ha encontrado también un sólido respaldo doctrinal. PAREJO ALFONSO señaló en este sentido que la específica determinación competencial del artículo 149.1.18ª de la Constitución “no persigue una regulación estatal única de un procedimiento general”, sino que “antes al contrario, tiene por objeto la regulación de lo común, de los institutos jurídicos necesarios a toda actividad administrativa unilateral que, debiendo desarrollarse por un cauce procedimental, esté dirigida a producir actos jurídicos”. “La perspectiva de la acotación que demanda el adjetivo ‘común’ no es, pues, la tradicional intraordinamental desde la que resulta la distinción y la tensión entre procedimiento general y procedimientos especiales. Se trata, a todas luces, de una nueva perspectiva (...) a la vez inter e intraordinamental”, que distingue lo común de lo diverso, entendiendo por éste tanto lo peculiar de un ordenamiento autónomo como de un diferente sector normativo<sup>539</sup>. Este entendimiento recogía, a su vez, una opinión doctrinal ya sustentada bajo la LPA de 1958, por más que la aplicación práctica de ésta hubiese dado lugar a una concepción bien diferente, que veía en las disposiciones de tal ley la ordenación de un procedimiento tipo o general<sup>540</sup>.

§ Pues bien, a la vista de todo lo anterior, cabe plantear ahora qué significado mantiene, a la vista del actual tenor de la LAGE, la regla del artículo 3.2 de ésta. En efecto, la inaplicación de las normas de procedimiento reglamentario que ahora se establece no es ya, tras la Ley 12/1998, la contenida en los artículos 129 a 132 LPA, sino que se ordena la inaplicación del procedimiento para la elaboración de las disposiciones reglamentarias del Gobierno, recogido en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y que tiene carácter exclusivamente estatal. En otras palabras, la exigencia de aplicación que se predicaba –a pesar de la rotunda declaración legal en contrario– de las normas del procedimiento administrativo común (bien considerándolas de carácter básico, bien interpretando el

---

<sup>539</sup> PAREJO ALFONSO, L., “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales”, en VVAA (dirs. J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón), *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993), p. 29.

<sup>540</sup> Tal opinión era la de GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 211, pp. 414 ss. Posición que llegó a tener cierto eco en la jurisprudencia, de la mano del citado autor como ponente de la STS de 12 de febrero de 1986.

adjetivo “común” en el sentido de integrante de los institutos jurídicos necesarios a todo procedimiento) ha de salvar ahora el obstáculo relativo a que las reglas sobre elaboración de disposiciones generales se contienen en una norma de carácter exclusivamente estatal que disciplina la actuación del Gobierno.

Ante todo, ha de ponderarse que la aplicación que se pretendía de estas reglas al procedimiento normativo del Banco de España se sustentaba, entre otras, en razones constitucionales (artículos 103 y 105 de la Constitución), que se mantienen con todo su vigor.

En segundo lugar, el vigente RIBE ha venido a desarrollar, como ya hiciera su predecesor, ciertas garantías normativas que resultan equiparables a las que podrían resultar de exigirse un mínimo común procedimental semejante al que se fija en el artículo 24 de la Ley del Gobierno.

Un punto de vista semejante es, por último, el que ha adoptado el Consejo de Estado, en sus dictámenes sobre el particular. De forma expresa el dictamen 3.175/1996, de 10 de octubre (sobre el proyecto de RIBE de 1996) señaló que “el procedimiento de aprobación y publicación [de las disposiciones reglamentarias del Banco de España], [está] inspirado en los criterios que presiden la elaboración y publicación de las disposiciones de carácter general (en los términos previstos por los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958)”. Después, en varias ocasiones se dice que las previsiones del artículo 3.2 de la LAGE –a pesar de la exclusión de la aplicación de las reglas del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (salvo las referidas a la audiencia a los interesados, en el caso de las Circulares)- pueden considerarse suficientes para tener por “atendidas las exigencias de índole procedimental que deben seguirse para preparar, con las debidas garantías de acierto, un texto normativo de la índole del ahora examinado” (cláusula casi de estilo: cfr., entre otros, los dictámenes 1.027/2004, de 27 de mayo y 664/2008, de 8 de mayo, ambos sobre proyectos de circulares; antes, dictámenes 2.458/1994, de 16 de febrero de 1995, 2.886/1996, de 30 de julio, referentes a circulares monetarias; y dictámenes 116/2000, de 3 de febrero y 907/2000, de 23 de marzo, relativos al Reglamento Interno del Banco de España, en punto a su modificación o a un nuevo proyecto, respectivamente). En algún caso, además, se ha hecho expresa

mención del artículo 4 del Reglamento Interno del Banco de España de 1996 (así, dictamen 3.643/1998, de 17 de septiembre, sobre circular monetaria), como precepto que recogía también las garantías procedimentales necesarias para la tramitación.

**C. El artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores y la exigencia de un nivel de garantías similar al previsto para las disposiciones de carácter general**

Establece el segundo párrafo del artículo 15 LMV:

“Las disposiciones dictadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a que se refiere el párrafo anterior se elaborarán por ésta, previos los informes técnicos y jurídicos oportunos de los servicios competentes de la misma. Tales disposiciones recibirán la denominación de Circulares, serán aprobadas por el Consejo de la Comisión, no surtirán efectos hasta tanto sean publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil”.

Al igual que en el caso del Banco de España, los problemas suscitados por este precepto han sido, ante todo, los relativos a la observancia de las normas generales de procedimiento previstas en nuestro ordenamiento para la elaboración de disposiciones de carácter general (primero, en la LPA de 1958; hoy en la Ley del Gobierno), como una especie de sustrato mínimo de garantías que debieran ser aplicadas a todos los productos reglamentarios, también a los emanados de las entidades dotadas de autonomía. Diferencia esencial con aquel caso es, sin embargo, que el artículo 15 LMV no excluye de forma expresa –como sí hace el artículo 1.3 LAGE– la aplicación de las normas de la Ley del Gobierno. Lo que encontraba allí una explicación, más que justificación, mirando al carácter de total autonomía del Banco central en cuanto a la delimitación de la política monetaria, que no tendría aquí sentido. Por lo demás, como se vio, también esa expresa exclusión quedaba salvada por vía interpretativa y del propio Reglamento de régimen interior del Banco, que obligan en definitiva a trámites similares de participación, informe y audiencia a los previstos con carácter general.

Sin que resulte necesario reproducir el razonamiento relativo a la consideración del procedimiento administrativo común desde una

perspectiva sustantivista o como “conjunto de garantías que aseguren el tratamiento común de los ciudadanos por parte de las Administraciones públicas, directamente coherentes con las bases del régimen jurídico de éstas” (STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 7), interesa destacar que a la misma conclusión llegó ya la doctrina que estudió el artículo 15 de la LMV, concluyendo en su día en la aplicación de las normas de la LPA, y las de la LRJAP en cuanto normas comunes de procedimiento, para enmarcar la elaboración de las circulares de la CNMV.

“La especialidad de la norma –se dice, por referencia a la LMV– pudiera conducir a entender excluidos los preceptos de la LPA relativos al ‘procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general’. Sin embargo, el carácter supletorio de la LPA (según predica el artículo 14 de la LMV), que salva las posibles lagunas de la LMV, como su trascendencia e importancia, ya que condensa las líneas o pautas esenciales que han de seguirse para la elaboración de disposiciones de aplicación general, me llevan a utilizar como esquema o guión los requisitos exigidos por dicha Ley para comentar el procedimiento de elaboración de circulares en la Comisión nacional”: estudios, trabajos e informes previos –en especial, el del Comité Consultivo de la CNMV en relación con el principio de participación; aprobación y publicación de la circular<sup>541</sup>.

También los dictámenes del Consejo de Estado han subrayado el requerimiento de atender un nivel de garantías mínimas. Así, el dictamen 2.080/2008, de 18 diciembre (sobre el proyecto de Circular de la CNMV sobre las categorías de instituciones de inversión colectiva en función de su vocación inversora) apuntó con carácter general que “ciertamente existe, en lo tocante al procedimiento de elaboración de las circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, una previsión específica en el artículo 15.2 de la LMV (...) Con todo, la previsión de dichos informes así como de otras garantías han de acercarse en lo sustancial (memorias explicativas, audiencia a los interesados, informe por órgano equivalente a la Secretaría General Técnica) a lo exigido por la mencionada Ley del Gobierno, pues en tal ley se fijan las garantías necesarias para el ejercicio de la

---

<sup>541</sup> FUERTES LÓPEZ, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, cit., pp. 82 ss. Como es claro, las referencias a la LPA y a la LRJAP –y no a la Ley del Gobierno– que a continuación se hacen en el texto se explican por la fecha de publicación de la obra (1992), si bien el razonamiento permanece igualmente válido.

potestad reglamentaria originaria, y a las que básicamente debe ajustarse, pues, la aprobación de normas de este rango”.

**D. Las previsiones de la LSH y del Real Decreto 1339/1999 respecto a la Comisión Nacional de Energía**

Como se vio, la DA 11ª.tercero.1.séptima de la LSH establece que corresponde a la Comisión Nacional de Energía la siguiente función:

“Dictar las circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Ordenes del Ministerio de Industria y Energía que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello.

Estas disposiciones recibirán la denominación de circulares y serán publicadas en el «Boletín Oficial del Estado»”.

Por otra parte, la DA 11ª.tercero.4 de la misma ley, en relación con la potestad de requerimiento de información –particularizada después en los términos de la Ley del Sector Eléctrico (artículo 3.5) y de la propia Ley del Sector de Hidrocarburos (artículo 3.4)- prevé que:

“La Comisión Nacional de Energía podrá recabar de los sujetos que actúan en los mercados energéticos cuanta información requiera en el ejercicio de sus funciones. Para ello, la Comisión dictará circulares, que deberán ser publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», en las cuales se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma”.

En relación con ambas previsiones, el artículo 17 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE, dispone lo siguiente:

“En el ejercicio de la función de emisión de circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los reales

decretos y las órdenes del Ministerio de Industria y Energía que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello, y de circulares de información a que se refiere la disposición adicional undécima.tercero.1 y 4 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, respectivamente, la Comisión Nacional de Energía deberá someter las mismas a informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Industria y Energía, con carácter previo a su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”.

Con carácter general, se ha subrayado en la doctrina la exigencia de que las circulares de la CNE –y, en general, cualquier producto normativo derivado de una entidad pública- respete las exigencias impuestas al procedimiento administrativo común (por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), con lo que parece querer hacerse referencia, en el fondo, a que se observe el trámite de audiencia y participación de los interesados, que es consustancial a cualquier actuación administrativa. Así, NAVARRO RODRÍGUEZ señala que “el carácter supletorio de la LRJPAC, que salva las posibles lagunas de la Ley del Sector de Hidrocarburos y del Reglamento de la CNE, así como su trascendencia e importancia, ya que condensa las líneas o pautas esenciales que han de seguirse para la elaboración de las disposiciones de carácter general, nos llevan a concluir que en la elaboración de las Circulares, la Comisión deberá respetar los principios que deben inspirar cualquier actuación de una Administración pública en sus relaciones con los administrados”<sup>542</sup>.

En términos muy semejantes, dice la Memoria de la Comisión Nacional de Energía del año 2007 lo siguiente:

“La elaboración de las Circulares de la Comisión se lleva a cabo respetando los principios que deben inspirar cualquier actuación de un Organismo Público en sus relaciones con los administrados.

---

<sup>542</sup> NAVARRO RODRÍGUEZ, P., *La Comisión Nacional de Energía*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p.

Así, el Consejo de Administración de la Comisión, antes de aprobar cualquier Circular, acuerda la remisión del texto de la Propuesta de Circular y Memoria al Consejo Consultivo de Hidrocarburos o Electricidad de la Comisión, según proceda, y empresas interesadas, para que realicen las alegaciones que consideren oportunas.

Examinadas las referidas alegaciones, se lleva a cabo un Informe sobre las mismas, procediéndose, en su caso, a incorporar en el texto de la Circular las sugerencias planteadas.

Dicho Informe, junto con la nueva Propuesta de Circular y Memoria se analizan por el Consejo de Administración de la Comisión, quien decide, en su caso, la aprobación de la Circular.

Una vez publicada la Circular en el Boletín Oficial del Estado, se notifica a las empresas interesadas<sup>543</sup>.

#### **E. Las dispersas reglas sobre procedimiento de aprobación de circulares por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**

Como se vio en el Capítulo a ella dedicado, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene reconocida la facultad de dictar circulares tanto en la propia ley de cabecera [artículo 48.3.e), función 1ª, de la Ley General de Telecomunicaciones], como en su Reglamento aprobado por Real Decreto 1994/1996 y en el de Régimen Interior [RRI] aprobado mediante Orden del Ministro de Fomento de 9 de abril de 1997 (artículos 20 y 26, respectivamente).

Los tres textos normativos establecen que la CMT podrá dictar instrucciones "dirigidas a los operadores que actúen en el sector de las comunicaciones electrónicas" y que aquéllas "serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el 'Boletín Oficial del Estado'" (por emplear los términos de la ley).

Sin embargo, nada más precisa la ley sobre el procedimiento de elaboración y aprobación, cuya regulación se defiende a lo previsto por el Reglamento de la CMT y por el RRI. El artículo 20 del Real Decreto 1994/1996 contiene al respecto tres reglas de un tenor más general:

---

<sup>543</sup> *Memoria de actividades de la Comisión Nacional de Energía correspondiente al año 2007* [[http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/PA001\\_2008.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/PA001_2008.pdf)], pp. 184-185. En la Memoria del año 2008, en términos idénticos, sólo que omitiendo el último párrafo (p. 199).



“En el procedimiento de aprobación de las «Circulares» se emitirán los oportunos informes técnicos y jurídicos por los Servicios competentes de la Comisión, y se dará, cuando proceda, audiencia previa a las entidades que ostenten la representación de los correspondientes intereses.

Dichas Circulares cuando establezcan instrucciones relativas a las relaciones entre los operadores de servicios de telecomunicaciones y grandes usuarios deberán dictarse previa audiencia a las asociaciones que representen los intereses de aquéllos.

En ningún caso será aplicable el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general regulado en el capítulo primero del Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958”.

#### **F. Régimen de aprobación de normas por el Consejo de Seguridad Nuclear y la Agencia Española de Protección de Datos**

Ni la Ley 15/1980 ni la LOPD se plantean en términos generales la cuestión de las reglas aplicables al procedimiento normativo del Consejo de Seguridad Nuclear y de la Agencia Española de Protección de Datos, respectivamente.

La primera establece una serie de garantías de tipo formal en la elaboración y aprobación de las instrucciones del CSN, reglas que parecen sustituir o desplazar, en virtud del singular régimen jurídico del Consejo, a las previstas en el ámbito estatal por el artículo 24 de la Ley del Gobierno.

Por lo que se refiere a la AEPD, no hay norma alguna que regule específicamente la elaboración de instrucciones. Tan sólo el análisis de la parte expositiva de cada una de ellas permite conocer en alguna medida el proceso seguido para dictarlas. La regla que resulta de aplicación es, pues, la prevista con carácter general en el artículo 115.1 del Real Decreto de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, a tenor de la cual: “Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el presente título, y supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

### **III. Las normas reguladoras del procedimiento normativo de las Administraciones independientes**

#### **A. El rango de las normas procedimentales y la articulación de los diversos regímenes**

Como se ha avanzado, el procedimiento de elaboración de las disposiciones aprobadas por las Administraciones independientes queda definido la mayor parte de las veces, aunque no siempre, en la norma de rango legal que prevé la creación de aquéllas o configura su régimen de autonomía reforzada [lo que resulta exigible, al menos en cuanto a la previsión del trámite de audiencia a los ciudadanos, en la medida en que el artículo 105.a) de la Constitución establece que “la ley regulará” aquélla “en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”]. En ocasiones, sin embargo, no es la ley sino el desarrollo reglamentario –e incluso el propio reglamento de régimen interno de la entidad- el encargado de establecer en sus últimos detalles el desarrollo de tal procedimiento.

La cuestión, lejos de ser meramente teórica, puede tener importantes repercusiones en cuanto al alcance de los trámites que resultan exigibles a tenor de una u otra norma. A modo de simple aproximación, la previsión de la audiencia en el artículo 3.2 de la LABE (el cual dispone que “en el caso de las ‘Circulares’, deberán ser oídos los sectores interesados”) ha sido objeto de dos diversas redacciones por los Reglamentos Internos del Banco de España (más garantista la del artículo 3.2 del Reglamento Interno de 1996, que extendía el trámite también a las Circulares monetarias; en tanto que el artículo 8.5 del vigente Reglamento Interno vuelve a exigirlo sólo para las primeras).

Asimismo, en el caso de la CNMV es también el Reglamento Interno de la entidad [RICNMV] (aprobado por Resolución del Consejo de 10 de julio de 2003) el que viene a concretar las líneas procedimentales de elaboración, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 14.10 de la LMV y con el contenido que allí se determina. En particular, el artículo 35 RICNMV diseña la tramitación a seguir por

las circulares de la entidad. Tras un primer apartado relativo a la habilitación genérica de la potestad, desarrolla en forma cronológica las exigencias procedimentales al efecto. Por lo que se refiere a la regla sobre autorización normativa, es de destacar que el artículo 35.1 RICNMV se refiere al dictado de circulares para el adecuado ejercicio de las competencias que encomiendan a la CNMV "la Ley 24/1988, de 28 de julio, *u otras disposiciones con rango de ley*", lo que constata que de hecho es posible extender en vía legislativa estas habilitaciones a la potestad normativa.

Por último, tiene alguna singularidad el caso de los llamados reguladores económicos (CNE y CMT). Respecto al primero de ellos no existe reglamento de régimen interior, conteniéndose de forma directa el desarrollo de las previsiones legales en el Reglamento de la CNE aprobado por Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio (que fue objeto de modificación en ciertos puntos por Real Decreto 1204/2006, de 20 de octubre, declarado nulo de pleno derecho por STS de 18 de septiembre de 2008, recuperando vigencia algunas previsiones del primero, como se verá). Mientras que en el supuesto de la CMT ocurre en la práctica lo contrario: fuera de las menciones generales que realiza el Real Decreto 1994/1996, el procedimiento se regula con detalle por el artículo 26 del Reglamento de Régimen interior de la Comisión (aprobado por Orden Ministerial de 9 de abril de 1997, si bien por Resoluciones del Consejo se aprueban versiones consolidadas, como la última de 20 de diciembre de 2007, publicadas ex artículo 52.1 LRJAP).

Un intento de racionalización se ha llevado a cabo, en el limitado ámbito al que se refiere (CNE y CMT, por lo que ahora interesa), por la LES, cuyo artículo 8, apartado 4, establece lo siguiente: "Los Organismos Reguladores se regirán por las normas del presente Capítulo, por su legislación específica, en lo que no resulte afectado por la presente Ley, y por sus estatutos, aprobados mediante el correspondiente Real Decreto. En lo no previsto en las anteriores normas, se regirán por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y por el resto del ordenamiento jurídico".

Pues bien, la falta de referencia a los reglamentos de régimen interior, y la sola mención de los “estatutos” de estas entidades, aprobados por real decreto, obedece a las observaciones sobre el particular que formuló el dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto (número 215/2010, de 18 de marzo). Partiendo en efecto de que “en la actualidad, los organismos reguladores a que se refiere la Ley proyectada tienen una ordenación en reglamentos aprobados por real decreto (...)”, se consideró que si lo pretendido era “que los preceptos regulados por las leyes fueran directamente desarrollados por los reglamentos internos, habría de establecerse así expresamente, y regular las consecuencias correspondientes en lo que hace a los reglamentos actualmente en vigor”. También se matizó que la supletoriedad de la LRJAP, LOFAGE y Ley General Presupuestaria respecto a tales normas, es decir “la medida en que estas leyes sean o no de aplicación a los organismos reguladores es algo que no puede depender de lo que el Reglamento de funcionamiento interno –aprobado, como se ha dicho, por el propio organismo regulador”.

Por último, el artículo 20.1.h) de la citada Ley obliga hoy a los organismos reguladores a hacer públicas “la preparación y tramitación de las normas cuya aprobación les corresponda, así como, en su caso, de las propuestas normativas que deban formular”. Pero es claro que la forma de publicidad de la tramitación sigue dependiendo, en el fondo, de lo dispuesto por las normas de cada uno de ellos, a las que se hace referencia en los siguientes epígrafes.

**B. Las cuestiones de procedimiento planteadas por la habilitación: reglamentos ejecutivos y reglamentos dictados en el marco de la programación legal**

§ Una de las cuestiones de forma que se han suscitado a propósito de la actuación reglamentaria de las entidades objeto de estudio –bien es cierto que en ámbitos muy diversos: la clara autonomía del Banco de España y CNMV; y, de otra parte, el encaje orgánico y funcional del ICAC en la estructura departamental- ha sido la relativa a las garantías que se imponen para la elaboración de sus normas *en relación con el desarrollo que llevan a cabo de la habilitación previa*: cuando ésta se ha encontrado prevista por norma reglamentaria, se ha negado en ocasiones la exigencia de ciertos

trámites ya observados en el primer escalón reglamentario (así, en el caso del ICAC); en el caso de regulación partiendo de una autorización prevista en la ley, la argumentación ha sido más sutil: así, se ha razonado que sólo cuando la norma de la entidad dotada de autonomía constituyese un desarrollo "directo" de la ley, cabría exigir tales trámites pero no en otro supuesto (sentencias del TS sobre normas de la CNMV y del Banco de España, al amparo de previsiones legales que ya habían sido desarrolladas mediante orden ministerial).

§ Por lo que hace al ICAC, se planteó frontalmente la cuestión de la exigibilidad de las normas de elaboración de disposiciones generales en sentido estricto (en su momento, previstas en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo y hoy recogidas en el artículo 24 de la Ley del Gobierno).

Tales reglas hubieran podido entenderse, en efecto, aplicables desde el momento en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de octubre de 1997 y 24 de octubre de 2003) otorgó a las resoluciones del ICAC un valor normativo del que, se dijo, "no existe la menor duda de que (...) va más allá de lo estrictamente interno u organizativo", de modo que "lo que ha hecho la disposición final quinta del Real Decreto 1.643/1990, es dar efectividad a la habilitación para dictar normas contables que la Ley 19/1988 ha conferido al ICAC" (FJ 3º de la primera de las citadas sentencias).

Sin embargo, tanto la mencionada sentencia de 1997 como la posterior de 2003, al tiempo que afirmaron la competencia del ICAC para la emisión de resoluciones de naturaleza normativa, concluyeron que no fueron infringidos por aquél determinados trámites de la elaboración de normas reglamentarias, sobre el argumento de que dichos trámites procedimentales ya habían sido observados en los reglamentos anteriores que formaban parte de la cadena normativa (en rigor, la sentencia de 14 de febrero de 1997 afirmó que no cabía considerar omitidas *en ese caso* tales garantías, sin acoger la tesis de su inexigibilidad, como pretendía el Abogado del Estado recurrente). Así, la mencionada sentencia no consideró indebidamente omitida la audiencia a la Asociación Española de Leasing -las normas directamente recurridas eran las referentes a la contabilidad de este tipo de contrato- ni tampoco se reprochó la falta de informe de la

Secretaría General Técnica ni del dictamen del Consejo de Estado, pues "hay que tener en cuenta que la disposición impugnada no constituye un elemento normativo que surja aisladamente, sino que forma parte de una cadena sucesiva de normas que se han ido dictando, las unas en desarrollo de las otras; cadena de la que forma parte el Real Decreto 1643/1990 20 de diciembre, que autorizó al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas a dictar la resolución recurrida" y "en la elaboración de aquel Real Decreto se cumplieron los trámites mencionados" (FJ 4º).

Por su parte, la sentencia de 24 de febrero de 2003 reprodujo abiertamente este modo de razonar: "En cuanto al procedimiento de elaboración ha de tenerse en cuenta que esas disposiciones no constituyen un elemento normativo que surja aisladamente, sino que forman parte de una cadena sucesiva de normas que se han ido dictando, las unas en desarrollo de las otras; cadena de la que forma parte el Real Decreto 1.643/1990, de 20 de diciembre, que autorizaron al ICAC a dictar las Resoluciones cuya validez ahora se pone en duda, sin olvidar que en la elaboración de aquel Real Decreto se cumplieron los trámites que ahora echa en falta la recurrente, habiendo dictaminado favorablemente el Consejo de Estado en relación con la potestad normativa del ICAC y su contenido, sin que sean precisos otros informes, observaciones o dictámenes exigidos en la elaboración de las disposiciones generales, según los artículos 129, 130 y 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que ese procedimiento se cumplió al elaborarse el Real Decreto 1.643/1990, en cuya virtud se aprobaba el Plan General de Contabilidad, sin que el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho que impone el artículo 106.1 de la Constitución reclame en el presente caso nuevas informaciones, por haberse ya cumplido las solemnidades procedimentales exigidas (sentencias de 12 Abr. 1994 y 13 Mar. 1997)" [FJ 3º].

§ El asunto se ha planteado también en cuanto a la Circular del Banco de España 4/1991, en el caso resuelto por la STS de 11 de octubre de 2005.

Respecto de la alegación del recurrente de haberse prescindido del dictamen del Consejo de Estado para dictar dicha circular, se sostuvo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido declarando de forma constante la improcedencia de invocar como

fundamento del recurso indirecto las posibles infracciones de las normas de procedimiento en que se hubiese incurrido al elaborar la disposición” pues, con cita de la STS de 1 de julio de 2000, “no puede llegarse a la nulidad de una disposición reglamentaria, y por la simple vía de un recurso indirecto, con fundamento, exclusivamente, en el defecto formal de la denunciada falta del citado dictamen del Consejo de Estado, ya que, en el ámbito de los recursos indirectos, no cabe fundar la pretendida ilegalidad de las disposiciones generales... que se reputen ilegales en las meras y simples disconformidades, omisiones o defectos formales que las mismas puedan presentar” (doctrina jurisprudencial desde la LJCA de 1956, que no ha variado – añade- a la vista de los cambios introducidos por la LJCA de 1998, ni siquiera por la introducción en ésta de la cuestión de ilegalidad, pues sigue siendo válido que el control de los reglamentos por cualquiera de sus actos de aplicación no supone transformar su impugnación indirecta en un procedimiento abstracto de control de normas permanentemente abierto y con independencia de que el vicio advertido se proyecte o no sobre tales actos) [FJ 3º].

El razonamiento se completa añadiendo, sin embargo, dos tipos de motivos que no venían exigidos por la solución al caso concreto. “Debe destacarse, por un lado, que las Circulares del Banco de España no están incluidas en la relación de asuntos en los que debe ser consultado el Consejo de Estado, establecida en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (...)”.. Lo que se quiere decir con ello aparece más claro unos párrafos después, cuando precisa la sentencia que “la Circular en cuestión no puede entenderse comprendida en el ámbito del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, cuando se refiere a los «reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones», puesto que dichas disposiciones son en principio aquellas que desarrollan o ejecutan una ley de forma directa e inmediata, no cualesquiera disposición que ulteriormente pueda dictarse en virtud de sucesivas habilitaciones. Aquí nos encontramos *en presencia de una disposición dictada por el Banco de España en virtud de una habilitación legal genérica (artículo 48.1 y disposición adicional octava de la LDIEC) y en ejecución de una expresa encomienda por parte del Ministerio de Economía y Hacienda (Orden de 31 de marzo de 1989), y que no desarrolla tanto la LDIEC directamente como la citada Orden de 31 de marzo de 1989*”.

Lo anterior sitúa la cuestión en el campo del sentido que pueda otorgarse a la llamada doble habilitación. A este respecto, y sólo por lo que hace a los aspectos procedimentales, la STS ahora comentada añade que la STS de 27 de octubre de 1997 (que llegó a una solución similar respecto de una Resolución del ICAC) se basó ya en parte en un razonamiento similar: "En efecto, en dicha Sentencia señalábamos que dichas normas de dictaban «en una cadena sucesiva de normas que se han ido dictando, las unas en desarrollo de las otras», cadena en la que se insertaba el Real Decreto que autorizó al ICAC a dictar la resolución controvertida y que sí había sido objeto del dictamen del alto órgano consultivo. Ello podría llevar al demandante a *trasladar su objeción en el presente caso a la alegada falta del citado dictamen en relación con la Orden de 31 de marzo de 1989*, pero -como señala la parte codemandada- no puede pretender que dicho supuesto defecto se proyecte a la Circular del Banco de España, que es la sola norma cuya impugnación indirecta se produce en este litigio, puesto que es aquélla en virtud de la cual se dicta el acto impugnado".

En fin, una tercera línea de argumentación incide en que "tales Circulares están expresamente excluidas, por el artículo 3.2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, del procedimiento de elaboración de los reglamentos, que regula el artículo 24 de la Ley 50/1997, de Organización, Competencias y Funcionamiento del Gobierno»" o, como se precisa algo más adelante que "el legislador (...) las ha excluido expresamente de las exigencias del procedimiento de elaboración de los reglamentos"; sobre lo cual ya tuvimos oportunidad de exponer nuestra opinión contraria, en el caso de que las circulares constituyan efectivamente un genuino desarrollo de la ley autorizante.

§ En definitiva, la consideración de los precedentes anteriores supone a nuestro entender una indebida extensión de la idea de que la doble habilitación comporta la inexigibilidad *automática* de las garantías procesales de la última norma autorizada.

Por el contrario, parece necesaria en este punto una redefinición de la categoría de reglamento ejecutivo, no sólo de cara a hacer eficaces los trámites previstos únicamente para esta categoría por determinada legislación general [dictamen del Consejo de Estado ex artículo 5.1.h) de la Ley del Gobierno, con independencia de que se exija también como parte de la competencia



preceptiva de aquél conforme a su Ley Orgánica], sino sobre todo porque la noción misma de norma reglamentaria emanada de las Administraciones independientes encaja difícilmente en ella, de forma que podrían quedar frustradas esas y otras garantías (muy en especial, la audiencia de los afectados) que deben requerirse de las disposiciones de carácter general. En consonancia con la idea de que estas entidades son ante todo Administraciones (bien que independientes), ello no debe llevar a un menor rigor en la elaboración de sus normas sino en todo caso a una adecuación de dichas garantías esenciales a sus propias características.

El esfuerzo que en el momento actual debe hacer el intérprete o aplicador del Derecho emanado de estas entidades –en último término, los Tribunales de las instancias superiores– parece que debería ser compensado por una mayor claridad en vía legislativa de los trámites que resultan exigibles y de la forma en que aquéllos deban practicarse. Las vagas referencias a los trámites de audiencia, informe y participación que se contienen en sus normas reguladoras habrían de ser objeto de una más cuidadosa y homogénea regulación.

En particular, no debería descuidarse la idea de que se está aquí ante un fenómeno no puramente original –como se vio en el Capítulo preliminar de este trabajo–, pero el cual presenta matices de elaboración y control para los que acaso no sirvan las fórmulas al uso. Nos referimos a la circunstancia de que en la inmensa mayoría de estos supuestos no se trata de reglamentos de directa ejecución de las leyes, como son muchos de los aprobados por el Gobierno. Antes bien, se trata de normas que se mueven en el ámbito de la programación previamente definida de manera amplia por el legislador, donde en consecuencia resulta altamente dudoso que quepa encontrar reglas que no particularicen o concreten, para un aspecto específico, algunas de las previstas con amplitud en las leyes. Y ello, no sólo cuando éstas proceden a otorgar las impropiaamente llamadas habilitaciones “per saltum”, sino en un gran número de casos en los cuales cabe apreciar –citando a SANTAMARÍA PASTOR al hilo del mismo fenómeno en las normas reglamentarias del Estado contemporáneo– que “el ejercicio de una habilitación legislativa

consiste *siempre* en dictar normas nuevas sobre supuestos de hecho no regulados en la ley”<sup>544</sup>.

§ Algunos intentos más matizados, en fin, por aclarar este tipo de problemas se encuentran en alguna jurisprudencia sobre otras materias, aunque únicamente a propósito de un desarrollo indirecto mediante orden ministerial y en el concreto extremo de la exigencia de dictamen del Consejo de Estado. Así, la STS de 25 de octubre de 1991 precisó que, “atendiendo a los propios términos del art. 22.3 LOCE, no resulta que todos los Reglamentos ejecutivos deban ser sometidos a dictamen del Consejo de Estado sino aquellos que ejecutan las leyes de forma directa e inmediata, con la consecuencia de no ser -en principio- preceptivo el dictamen del Consejo de Estado para reglamentos ejecutivos de otros reglamentos, es decir, Reglamentos que no necesitan de una *legis interpositio* por encontrar su fuerza habilitante inmediata en otro Reglamento, pero no en una Ley. Este puede ser el supuesto presente (...) siendo posible considerar que la consulta emitida por el Consejo de Estado respecto del proyecto de Real Decreto habilitante ya ha controlado y examinado la habilitación ulterior a la potestad reglamentaria del Ministro. Pero esta afirmación -válida con carácter general- implica un examen o consideración singular de cada caso que se plantee para calificar si el Reglamento de segundo grado -en este caso orden ministerial- ejecuta en forma mediata o inmediata la Ley, pues ello es lo que determinara respectivamente la improcedencia o procedencia de la consulta preceptiva al Consejo de Estado”.

---

<sup>544</sup> Cf. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos*, cit., p. 800 (subrayado nuestro). La frase está en el contexto del “problema del *tipo de operación normativa* que el reglamento lleva a cabo, a la cual suele aludirse imprecisamente diciendo que consiste en la ‘aplicación’, la ‘ejecución’, el ‘desarrollo’ o la ‘interpretación’ de la ley. Aunque teóricamente cabría formular una tipología de las diferentes funciones normativas que el reglamento lleva a cabo en relación con la ley, sería siempre incompleta (...) y muy posiblemente inútil (...). Más que este -falso- problema teórico de tipificación, lo que intensa es el límite de esta potestad de creación de normas sobre la misma materia” (*ibidem*), cuestión que se abordará en el último Capítulo.

Allí se planteará también, en el apartado III, la cuestión desde un punto de vista sustantivo. La frase de VILLAR PALASÍ que entonces se trae a colación (que, a propósito de la polémica en esa época entre reglamentos de ejecución e independientes, “nunca hay un reglamento autónomo puro, pues de una manera u otra se *enganchará* a una Ley anterior, sólo que la forma de tal engarce será diferente, según se ejecute o se desarrolle una Ley o se use de la autorización explícita o implícita en ella contenida” [*Derecho Administrativo*, cit., p. 379]) es de algún modo el reverso de la de SANTAMARÍA que se acaba de citar: si “siempre” los reglamentos dictan normas nuevas sobre las previstas en la ley, ello sucede porque “nunca” nacen en el vacío sino que dependen de una u otra forma de las previsiones legislativas. La cuestión es, aquí y allí (en perspectiva procedimental o sustantiva), si se ha observado o no el límite impuesto por la remisión normativa.

## **IV. La previsión de los diversos trámites: en especial, la audiencia a los afectados**

### **A. El modelo de procedimiento general, sobre la base del establecido para el Banco de España y la CNMV**

§ La tradicional distinción en fases de iniciación, instrucción y finalización del procedimiento (que sigue las disposiciones generales de la LRJAP sobre procedimiento administrativo, a las que ésta añade los principios de ordenación) se ve con especial claridad en la tramitación prevista en el caso de los supervisores financieros, Banco de España y CNMV. Como modelo singularmente simple, en cambio, cabe aludir al de la CMT (teniendo en cuenta que en los casos del Consejo de Seguridad Nuclear y la AEPD no hay apenas regulación de la ordenación del procedimiento como tal)<sup>545</sup>.

§ Por lo que hace al procedimiento de aprobación de circulares del Banco de España, el artículo 8.3 del Reglamento Interno del Banco de España, aprobado por Resolución de 28 de marzo de 2000 (también citado en adelante como RIBE), comienza estableciendo que "el expediente para la elaboración de las Circulares y Circulares monetarias se iniciará por un informe de la Dirección General competente en cada caso, en el que se concreten la necesidad y

---

<sup>545</sup> También es singular el caso del ICAC. Antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (es decir, para la aprobación prácticamente todas las resoluciones objeto de estudio en este trabajo, a excepción de la última de ellas), se observaron únicamente las formalidades exigibles en el Real Decreto 302/1989, de 17 de marzo, por el que se aprueba el estatuto y la estructura orgánica del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas: las resoluciones fueron aprobadas por el Presidente del organismo público, sometiendo previamente a informe del Comité Consultivo de dicho organismo los asuntos relacionados con "los criterios de desarrollo de aquellos puntos del Plan General de Contabilidad y de las adaptaciones sectoriales del mismo que se estimen convenientes para la correcta aplicación de dichas normas" [artículo 3.c) del citado real decreto]. A la aprobación de la resolución seguía su publicación en el Boletín Oficial del ICAC y en el Boletín Oficial del Estado (Sección I, relativa a disposiciones generales).

Con posterioridad, ha supuesto un acertado giro en esta materia lo establecido por la disposición final primera, apartado 3 *in fine*, de la citada Ley 16/2007: "Las normas dictadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, deberán ajustarse al procedimiento de elaboración regulado en el artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno". Tras su entrada en vigor, sólo se ha dictado, salvo error, la Resolución del ICAC de 29 de diciembre de 2010, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con los aplazamientos de pago a proveedores en operaciones comerciales.

objetivos de la futura norma, así como el texto de su anteproyecto”<sup>546</sup>.

La fase de iniciación o impulso del proceso de elaboración no ha de confundirse, como ha advertido POMED SÁNCHEZ<sup>547</sup>, con un auténtico “derecho de iniciativa normativa” conferido a las Direcciones Generales. Aquella iniciativa se ha de situar, por el contrario, en el Gobernador del Banco de España, órgano que decide la presentación del anteproyecto a la Comisión Ejecutiva del Banco de España, a tenor del artículo 8.4 del RIBE.

En cuanto a los documentos que deban acompañar al impulso normativo, además del propio texto del anteproyecto (terminología ésta que, en el ámbito de la Administración General del Estado, se reserva para la iniciativa legislativa propiamente dicha: artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), nada se dice en el texto del RIBE, salvo que el informe de iniciación habrá de concretar “la necesidad y objetivos de la futura norma”. Esta somera referencia es semejante a la que existe en la Ley del Gobierno para la llamada memoria justificativa de los proyectos de reglamento en ámbito estatal.

La fase de instrucción consta propiamente de la audiencia a los “sectores interesados” (artículo 8.5 RIBE) y de los diversos informes que deben recabarse, así como de la exigencia de una tabla de vigencias (artículos 3.2 LBE y 8, apartados 3 *in fine* y 8, RIBE). “Finalizado el expediente, será elevado a conocimiento previo del Gobernador y Subgobernador. El Gobernador decidirá su presentación

---

<sup>546</sup> El Banco de España se organiza en Direcciones Generales (artículo 79.1 del RIBE 2000), a las que compete la iniciación del proceso de elaboración normativa mediante “informe”. En el momento de publicarse el citado RIBE del año 2000, las direcciones generales del Banco de España eran las cinco siguientes: Dirección General del Departamento Internacional, Dirección General de Operaciones, Mercados y Sistemas de Pago, Dirección General de Regulación, Dirección General del Servicio de Estudios y Dirección General de Supervisión (artículo 80.1 del RIBE). En la actualidad, conforme a los datos de la página *web* de la institución, su número sigue siendo el mismo, pero la primera de las citadas direcciones generales ha sido sustituida por una Dirección General de Servicios. En cuanto a las funciones que se atribuían a la Dirección General del Departamento Internacional (artículo 81.1 del RIBE 2000: “la participación en el Sistema Europeo de Bancos Centrales en lo que se refiere a la cooperación internacional, la instrumentación de la política cambiaria del euro, la gestión de las reservas exteriores propias y del Banco Central Europeo, el Servicio de Tesorería en moneda extranjera a la Administración Central del Estado, a las Comunidades Autónomas y a otras entidades públicas [...]”), bien han quedado sin efecto por formar parte directamente de las atribuciones del SEBC, bien han sido asumidas por la Dirección General Adjunta de Asuntos Internacionales, en la vertiente más propia de desarrollo de relaciones internacionales o de asesoramiento en este tipo de asuntos.

<sup>547</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., “Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno”, cit., p. 675.

a la Comisión Ejecutiva, que podrá instar cualquier otro informe o asesoramiento complementario que estime conveniente” (artículo 8.4 RIBE).

Después se volverá con detalle sobre el trámite de audiencia y acerca de la exigencia de los previos informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar; más en concreto, sobre la exigencia del dictamen del Consejo de Estado.

§ En cuanto al procedimiento de elaboración de las circulares de la CNMV, el artículo 35 RICNMV es el que determina, como se ha dicho, la sucesión de trámites que conforman aquél.

Respecto a la iniciación, se establece en primer término que “los Directores Generales, en el ámbito de sus respectivas competencias, o los Directores de Departamentos adscritos a órganos rectores, siempre que fuesen expresamente habilitados por el Presidente, ordenarán y dirigirán los proyectos de circulares” (artículo 35.2 RICNMV)<sup>548</sup>.

Además, establece el artículo 35.3 del RICNMV que “el Proyecto de Circular se iniciará mediante un informe técnico, suscrito por el Director correspondiente, que constará de las siguientes partes:

- a) Especificación de las norma o normas habilitantes para dictar la disposición.
- b) Justificación de la necesidad de la disposición, así como de las medidas o soluciones técnicas que se propongan y de los fines que se pretenden alcanzar.
- c) Proyecto de Circular”.

Por lo demás, el artículo 15 LMV hace referencia, en términos generales, a “los informes técnicos y jurídicos oportunos de los

---

<sup>548</sup> Tres son las Direcciones Generales de la CNMV en su organización actual: de Entidades, de Mercado y del Servicio Jurídico (artículo 30.1 RICNMV). A esta última corresponde, entre otras funciones, la de “examinar, informar en Derecho y, en su caso, elaborar las circulares y resoluciones de la CNMV” a través de su Departamento de Asesoría Jurídica [artículos 30.4.b) y 31.3.a) de la misma norma]. Es claro, por lo demás, que el inicio de la tramitación podrá corresponder a cualquiera de los Directores Generales, en el ámbito de sus competencias, o bien —siempre y cuando fuesen expresamente habilitados para ello por el Presidente— a los Directores de Departamentos adscritos a órganos rectores, que son, a día de hoy, los Departamentos Adjunto a Presidencia, de Estudios, Estadísticas y Publicaciones y de Inversores (artículo 32.1 RICNMV).

servicios competentes” de la CNMV. Precisa, por su parte, el artículo 35.4 RICNMV que el informe técnico de iniciación a que se refiere el apartado anterior de ese precepto “deberá contar, en todo caso, con el preceptivo informe jurídico o de legalidad, emitido por la Dirección General del Servicio Jurídico”.

“Completado el expediente, se elevará por el Director correspondiente al Consejo de la Comisión, a través de su Secretaría” y, siempre que este último órgano considere procedente el proyecto, “lo remitirá, para su informe, al Comité Consultivo de la CNMV” (apartados 5 y 6 del artículo 35 RICNMV). Trámites de informe y participación sobre los que después se volverá por extenso.

El ya citado dictamen del Consejo de Estado 2.080/2008 puso de relieve, en cuanto a las exigencias de iniciación e informe, la conveniencia de contar con una memoria económica “en la que se examinasen debidamente, siquiera de forma aproximativa, las implicaciones económicas que la aprobación y aplicación práctica del proyecto pudieran conllevar”.

§ Por último, el Reglamento de Régimen Interior de la CMT regula el procedimiento con mayor simplicidad, estableciendo al respecto las siguientes reglas (artículo 26):

“3. El procedimiento para la elaboración de las Circulares se iniciará por orden del Presidente de la Comisión y requerirá un informe del Secretario en el que se concreten la necesidad y objetivos de la futura Circular, así como el texto de su anteproyecto. En el procedimiento se emitirán los informes técnicos y jurídicos que sean pertinentes por razón de la materia, así como con un informe específico de legalidad que, en todo caso, deberá emitir la Asesoría Jurídica.

Cuando dichas Circulares establezcan instrucciones relativas a las relaciones entre los operadores de servicios de telecomunicaciones y grandes usuarios, así como en todos los supuestos en que la Comisión lo considere necesario, se dará audiencia a las entidades y asociaciones que ostenten la representación de los correspondientes intereses.

Cuando la naturaleza de la disposición en cuestión lo requiera, se acordará un período de información o consulta pública.

4. Finalizado el expediente será puesto en conocimiento previo del Secretario, quien lo presentará al Presidente para su elevación al Consejo.

5. No podrá formularse propuesta de Circular alguna sin acompañar al proyecto una tabla de las anteriores sobre la materia y sin que consten expresamente las que han de quedar total o parcialmente sin efecto”.

## **B. Los informes internos y externos**

La exigencia de los informes técnicos y jurídicos se ha planteado con desigual intensidad en los regímenes sobre procedimiento normativo de las Administraciones independientes. De nuevo, puede destacarse la solución más acabada que ha recibido en las leyes y en los respectivos reglamentos internos del Banco de España y de la CNMV; y cabe reseñar asimismo la singularidad de régimen que concurre en la Comisión Nacional de Energía.

§ En el primer caso, el artículo 3.2 LABE establece que las disposiciones del Banco de España “se elaborarán, previos los informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar”. Sin duda, el asunto más debatido ha sido el de la solicitud del dictamen del Consejo de Estado y su eventual carácter preceptivo<sup>549</sup>.

En un primer momento, el artículo 4.5 del RIBE de 1996 disponía que, “aprobado el proyecto de *Circular Monetaria* por la Comisión Ejecutiva, será elevado al Consejo de Estado para consulta y dictamen preceptivo, salvo que se refiera a cuestiones estrictamente económicas y no suponga el desarrollo directo e inmediato de una Ley. Igual trámite de consulta al

---

<sup>549</sup> Ya se ha visto en el apartado 2 anterior la postura de alguna jurisprudencia (STS de 11 de octubre de 2005) que consideró no esencial la exigencia de dicho trámite, siempre que lo hubieran observado las normas reglamentarias habilitantes –bien que en el caso era dudoso que la Circular 4/1998 “no desarrolla[se] tanto la LDIEC directamente como la citada Orden de 31 de marzo de 1989”, como afirmaba la sentencia- y únicamente para los supuestos, como era aquél, de recursos indirectos en los que resulta improcedente invocar las infracciones de las normas de procedimiento en que se hubiese incurrido al elaborar la disposición.

En los restantes casos, y en particular cuando se trata de recursos directos, es constante por el contrario la jurisprudencia del TS relativa a la nulidad de pleno derecho del reglamento en ejecución o desarrollo de la ley que no haya sido sometido a dictamen del Consejo de Estado: (STS de 25 de octubre de 1991 y muchas otras posteriores). LAVILLA RUBIRA ha destacado como un lugar común que “el Tribunal Supremo, por su parte, continúa dotando de forma sistemática de trascendencia invalidante a la omisión del dictamen de aquél” (cf. “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno doce años después”, cit., p.26).

Consejo de Estado, para su preceptivo dictamen, se requerirá en el caso de las *Circulares* cuando supongan el desarrollo directo e inmediato de una Ley". La exigencia del dictamen preceptivo para ambos tipos de normas fue subrayada por el propio Consejo en el dictamen 3.175/1996, de 3 de octubre. "Habida cuenta –se dijo– del reconocimiento que, con carácter general, hace la Ley 13/1994 de la autonomía del Banco de España" [y de que] "el Banco de España ya no requiere la previa habilitación del Gobierno o del Ministro de Economía y Hacienda (como se recogía en la disposición adicional 8ª LDIEC)", "cuando el artículo 3.2 de la Ley 13/1994 establece que, para el ejercicio del resto de sus competencias, el Banco de España 'podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto', dicho precepto está llevando a cabo la atribución de potestad reglamentaria al Banco, si bien su ejercicio se hace depender, cuando esta entidad no actúa en el ámbito monetario o como banco de emisión, de lo que disponga expresamente el legislador al efecto. Todo ello requiere que en el artículo 4.5 del Proyecto se recoja el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de aquellas Circulares que, *por su naturaleza y efectos y por existir una habilitación normativa expresa, impliquen el ejercicio por el Banco de España de su potestad reglamentaria en ejecución de una ley*".

Un razonamiento similar llevó a cabo POMED SÁNCHEZ al considerar que "lo dispuesto en el artículo 4.5 RIBE en relación con el dictamen preceptivo del Consejo de Estado conlleva el carácter esencial de este trámite cuando las Circulares, con independencia del tipo al que correspondan, *merezcan la consideración de reglamentos ejecutivos de las leyes*"<sup>550</sup>.

De forma mucho más escueta que su antecesor, establece el artículo 8.6 del RIBE 2000 lo siguiente: "Aprobado el proyecto de Circular o de Circular monetaria por la Comisión Ejecutiva, será elevado al Consejo de Estado para consulta y dictamen, *cuando sea legalmente preceptivo*".

La cuestión del carácter preceptivo se ha solventado, pues, con una directa remisión a lo dispuesto por las leyes generales (Ley del Gobierno y la propia LOCE), si bien todo ello da por supuesta hoy la problemática de la consulta al alto órgano consultivo por parte del Banco de España, que fue objeto de examen en los primeros dictámenes emitidos sobre el particular (especialmente, el número 2.458/94, de 16 de febrero de 1995), elaborando una completa doctrina sobre dos extremos: i) la potestad reglamentaria externa del Banco de España y el dictamen del Consejo de Estado, en general; y ii) la concreta capacidad de aquél para formular la consulta de forma directa.

i) La argumentación general sobre el primer punto se desarrolló a propósito de un proyecto de Circular monetaria sobre utilización publicitaria de billetes y monedas. El citado dictamen 2.458/1994, tras un largo *excursus* acerca del origen histórico de los poderes normativos del Banco de

---

<sup>550</sup> POMED SÁNCHEZ, *ibidem*, p. 679 (subrayado nuestro).



España, arrancando de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 y pasando por la LORBE y la jurisprudencia sentada por la STC 135/1992, concluyó que la potestad reglamentaria del Banco otorgada por la LBE “supone la primera gran novedad de la que deriva la relativa a la consulta y culmina el proceso progresivo del reconocimiento de la capacidad normativa del mismo”.

Se afirmaba además que tal reconocimiento distaba de ser pacífico en la época, pues “doctrinalmente existieron posturas de cierta vacilación respecto a la naturaleza normativa y al alcance jurídico de las Circulares del Banco de España fundamentadas en delegaciones ministeriales, con posiciones variables desde las que les reconocían un real alcance normativo en su esfera a las que las atribuían una eficacia de constreñimiento menor, significando para los destinatarios una función ciertamente directiva, aunque sin llegar al grado de coerción propio de la potestad sancionadora”, si bien de la larga exposición histórica cabía deducir que “las Circulares del Banco de España han sido reconocidas en determinados y limitados ámbitos como cauces de la potestad reglamentaria de atribución”.

De ahí que finalmente sea la LBE “la que venga a reconocer, de un modo general e inmediatamente vinculado a la Ley, la potestad reglamentaria del Banco de España, sin que requiera una habilitación expresa del Gobierno o del Ministro para su ejercicio” (afirmación que se vinculaba a la justificación aportada por la propia Exposición de Motivos, la cual deriva la autonomía del Banco del TUE y señala “que dicha autonomía exige que, en el ámbito de la política monetaria, el Banco no esté sometido a instrucciones del Gobierno o del Ministro de Economía y Hacienda, de forma que pueda orientar dicha política al fin primordial de mantener los precios estables”).

En fin, todo ello daba pie para explicar acabadamente la configuración del Banco de España en dicha ley y la dualidad de regímenes que caracteriza su actuación, de modo que goza de plena autonomía en el ámbito de la política monetaria (en los términos de los artículos 2.1, 7 [apartados 2 a 5] y 8 a 10 LBE), en tanto que en ejercicio de las restantes funciones distintas de la política monetaria, incluidas las relativas a la supervisión de las entidades de crédito, el Banco quedará sometido no sólo a lo dispuesto en las leyes, sino también a las disposiciones reglamentarias que dicte el Gobierno en desarrollo de aquéllas, siendo sus actos y resoluciones administrativas susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda (artículos 2.2, 7.6 y concordantes).

A la luz de estas consideraciones, se entendió pues que dicha circular monetaria tenía carácter reglamentario y que era una de aquellas que formaba parte “del ámbito de absoluta autonomía de dicha potestad”. Es más, se dijo que, “al ser el objeto de la misma la realización de publicidad utilizando los billetes o monedas de curso legal a que se refiere el artículo 15.5, no sólo se trata de una materia objeto de las llamadas Circulares monetarias (art. 3) y en cuyo ámbito los actos administrativos del Banco de

España ponen fin a la vía administrativa (art. 2), sino que se trata del desarrollo directo de dicho artículo 15.5 previsto expresamente en el citado artículo de la Ley al establecer que la referida actividad publicitaria deberá ser autorizada en cada caso con carácter previo por el Banco de España, 'en los términos y con los requisitos reglamentariamente establecidos'".

ii) La cuestión de la capacidad para formular consulta envolvía, a su vez, dos órdenes de problemas: uno, el sustantivo o material del título habilitante; y otro de carácter subjetivo, relativo al órgano que debiera plantearla.

Se dijo en el primer punto que la atribución de la potestad reglamentaria lleva consigo la capacidad de formular consulta en esa calidad (supervisor dotado de poder reglamentario derivado) al Consejo de Estado, "por tratarse de un supuesto contemplado en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo, de una disposición de carácter general que se dicta en ejecución de una Ley. Puede decirse que, *en este caso, la atribución de dicha potestad reglamentaria, inmediatamente vinculada a la Ley, lleva implícita la capacidad de consulta al Consejo de Estado*. Como se ha dicho anteriormente, la Ley de Autonomía del Banco de España atribuye a éste, directamente y sin intermediación o escalonamiento alguno, la potestad reglamentaria en la materia objeto de la Circular monetaria proyectada, por lo que tal atribución supone la consiguiente capacidad para consultar al Consejo de Estado, sin intervención alguna del Gobierno o del Ministro de Economía y Hacienda" (dictamen 2.458/94). El razonamiento fue enteramente confirmado por los dos siguientes dictámenes recabados a solicitud del Banco de España (dictamen 3.175/1996 citado y 2.815/1996, de 31 de octubre)<sup>551</sup>.

Por último, en cuanto a la facultad de solicitar formalmente la consulta, el citado dictamen 2.458/1994 la derivó también de forma directa

---

<sup>551</sup> La argumentación del dictamen 2.458/94 se completó con otra perspectiva, la de "la propia configuración del Consejo de Estado" y su "función de garantía de la legalidad y constitucionalidad de la actuación en materia de gobierno y administración". No debe olvidarse, se decía, que "la posibilidad de que no sólo el Gobierno, en sentido estricto, o las Comunidades Autónomas puedan consultar al Consejo de Estado, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, al destacar el hecho de que el Consejo de Estado 'no forma parte de la Administración activa', y 'su autonomía orgánica y funcional, garantía de objetividad e independencia, le habilitan para el cumplimiento de esa tarea, más allá de su condición esencial de órgano consultivo del Gobierno, en relación también con otros órganos gubernativos y con Administraciones públicas distintas de la del Estado, en los términos que las leyes dispongan, conforme a la Constitución'".

Este último punto de vista fue el subrayado por la doctrina para llegar a la conclusión de la intervención preceptiva del Consejo de Estado en el caso del proyecto de Reglamento Interno del Banco de España de 1996. Dice POMED que no hubieran sido títulos suficientes los que habilitan para solicitar consultas potestativas, ni los relativos a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo (artículos 24-1º y 21.7 LOCE en su versión actual), sino que fue, en definitiva, la condición de reglamento ejecutivo del RIBE la que llevó, sobre la base general del artículo 22.3 LOCE, a considerar que tal disposición superaba con mucho los aspectos estrictamente organizativos de la entidad y comprendía otros –entre los cuales justamente la potestad reglamentaria externa– que hacían necesaria la intervención del Consejo de Estado, al tratarse de un reglamento de desarrollo de la LBE (cf. POMED SÁNCHEZ, "Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno", cit., pp. 657-670 y 679).

del reconocimiento de potestad reglamentaria al Banco de España, de modo que, "aun cuando la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980, en su artículo 20.1 no previó expresamente entre las autoridades consultantes al Gobernador del Banco de España, por ser anterior a la propia Ley de Autonomía del Banco de 1 de junio de 1994, ello no es óbice para que proceda la remisión al Consejo de Estado, para consulta, de la Circular monetaria". Pues de nuevo la atribución de potestad reglamentaria "resulta suficiente para que la máxima autoridad de dicho Banco pueda solicitar el dictamen del Consejo de Estado, de carácter preceptivo, por tratarse de un supuesto contemplado en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo, de una disposición de carácter general que se dicta en ejecución de una Ley".

§ Del régimen de informes previsto en el caso de la CNMV merece destacarse lo dispuesto sobre el que debe emitir el Comité Consultivo de dicha entidad y la posibilidad u obligación de recabar otros informes externos.

En cuanto a la intervención del Comité Consultivo de la CNMV, su informe tiene carácter preceptivo y deberá ser solicitado en relación con todas las disposiciones normativas de la CNMV, por exigencia del artículo 23.a) LMV.

Tiene este órgano su propio régimen de organización y funcionamiento, regulado en el Real Decreto 504/2003, de 2 de mayo, al que remite prácticamente *in toto* el artículo 22 RICNMV. Se siguió así una observación del Consejo de Estado: "Para evitar descoordinaciones entre ambas regulaciones reglamentarias (máxime cuando son aprobadas por órganos diferentes: el Consejo de la CNMV, en el caso del Reglamento de régimen interior, y el Gobierno, en el caso del Real Decreto regulador del Comité Consultivo), sería preferible eliminar estos artículos del proyecto, y sustituirlos por una mera remisión a la norma reguladora del Comité Consultivo" (dictamen al proyecto de RICNMV, número 1.205/2003, de 5 de junio).

Junto a su carácter de órgano consultivo ("sin perjuicio de tal condición", dice la ley con cierta impropiedad, aunque con la clara intención de separar ambas funciones), "el Comité Consultivo informará los proyectos de disposiciones de carácter general sobre materias directamente relacionadas con el mercado de valores *que le sean remitidos por el Gobierno o por el Ministerio de Economía y Hacienda* con el objeto de hacer efectivo el principio de audiencia de

los sectores afectados en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas” (artículo 23, último párrafo, de la LMV). Así pues, parece que sólo por lo que se refiere a los reales decretos u órdenes que sean remitidos por el Gobierno o por el Ministro de Economía y Hacienda, respectivamente, podrá desempeñar el Comité Consultivo este papel. En otros términos: *en la elaboración de circulares, no podrá entenderse cumplida la audiencia a sectores afectados por el hecho de haberse emitido informe del Comité Consultivo de la CNMV* (sobre lo que después se volverá).

En fin, se ha de plantear el juego de otros posibles informes externos.

En primer lugar, deben mencionarse los *informes emitidos por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC)* en cuanto a las circulares contables –a las que se hizo cumplida referencia en un capítulo anterior- o en otras materias en que sea legalmente preceptiva su intervención (así p. ej., acerca de los llamados requisitos de transparencia, la Circular 1/2008, de 30 de enero, sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados relativa a los informes financieros semestrales, las declaraciones de gestión intermedias y, en su caso, los informes financieros trimestrales).

Cuando se trata de circulares que afecten a otros campos de regulación, como el sector bancario o el de seguros destacadamente, resultan también preceptivos los informes de los supervisores u órganos competentes a esos efectos. Pueden citarse, en este sentido y entre otras, la Circular 1/1993, de 3 de marzo, sobre normas contables de consolidación aplicables a los grupos y subgrupos de sociedades y agencias de valores y la Circular 2/2000, de 30 de mayo, sobre modelos normalizados de contrato-tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión (aprobadas ambas *previo informe del Banco de España*); así como la Circular 4/1998, de 22 de septiembre, por la que se modifican los modelos de información pública periódica semestral de las entidades de seguro, con valores admitidos a negociación en Bolsas de Valores (dictada *previo informe de la Dirección General de Seguros*). En otro ámbito, cabe citar la Circular 2/1994, de 16 de marzo, por la que se aprueba el modelo de folleto informativo para la constitución de los fondos de

titulización hipotecaria, que, por afectar a algunas prescripciones en materia de régimen fiscal a incluir en el folleto, se aprobó con el *informe previo de la Dirección General de Tributos*.

Por último, también aquí se ha planteado con extensión el juego del dictamen preceptivo del Consejo de Estado. Éste último ha sido emitido, por lo que respecta a las circulares, en varias ocasiones (dictámenes nº 3.599/1996, de 26 de diciembre; 1.779/2008, de 20 de noviembre y 2.080/2008, de 18 de diciembre, a los que se aludió *supra* en el Capítulo V) y, en algunos otros casos, se ha pronunciado el alto órgano consultivo sobre las normas de habilitación a la CNMV contenidas en anteproyectos de ley o en proyectos de normas reglamentarias.

La intervención en todos estos casos interesa justamente porque, como nota FUERTES LÓPEZ, en principio el procedimiento no pasa por informes externos al órgano que dicta la disposición. Remarca la autora esta idea, no para elogiar la rapidez y flexibilidad de este procedimiento, sino por el contrario para defender que la misma agilidad se puede conseguir con la tramitación prevista para una orden ministerial<sup>552</sup>. Tampoco en este caso, se dice, ha de exigirse siempre el dictamen del Consejo de Estado, sino sólo cuando se trate en rigor de reglamentos ejecutivos de las leyes. Cita a este respecto la STC 18/1982, de 4 de mayo (que hace suyos literalmente los términos de la Moción elevada por el Consejo de Estado al Gobierno el 22 de mayo de 1969) al indicar que son este tipo de reglamentos aquellos que están “directa y concretamente ligados a una Ley, a un artículo o artículos de una Ley, o a un conjunto de Leyes, de manera que dicha Ley (...) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el Reglamento”.

Esta doctrina ha puesto justamente la atención en el punto principal, a nuestro juicio, en esta materia. En efecto, la exigencia de dictamen del Consejo de Estado habrá de venir determinada por una doble condición: de un lado, que las normas de ordenación del procedimiento de elaboración de las circulares respeten un estándar mínimo de garantías de publicidad y audiencia (de modo que el

---

<sup>552</sup> Cf. FUERTES LÓPEZ, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, cit., p. 90.

informe del alto órgano consultivo venga a insertarse en dicho procedimiento); de otro, que se exija en el supuesto de circulares que supongan un complemento o desarrollo de lo previsto en la ley<sup>553</sup>.

Por lo que hace ahora a este último punto, cabe cuestionar: si la regla general en la materia (ex artículo 15 LMV) es la de la doble habilitación o habilitación concurrente por el Gobierno o uno de sus Ministros, ¿no impedirá esta intermediación que la circular, como producto último de este escalonamiento normativo, desarrolle ya ninguna de las previsiones contenidas en la ley? Frente a ello, pueden oponerse tres tipos de razones: la más evidente, que caben las habilitaciones *per saltum* (así, según los artículos 35 y 86 LMV); la segunda, que no sólo la LMV sino cualquier otra ley puede autorizar a la CNMV –en el ámbito de sus competencias, se entiende- y puede hacerlo de forma directa o sin intermediación de norma gubernativa (así lo prevé el artículo 35.1 RICNMV y así sucede en la práctica); tercero y más relevante, a los efectos que ahora se pretenden, que, aun mediando real decreto u orden ministerial, éstos pueden consistir en una mera remisión habilitadora o en blanco, de modo que sea la circular la que, en el fondo, venga a desarrollar, pormenorizar y concretar las reglas previstas en la ley.

Sobre la práctica de estos supuestos, pueden destacarse ahora algunos criterios que se han seguido, ciertamente de forma errática, en punto a la solicitud del dictamen del Consejo de Estado en la materia:

- En cuanto a las normas con rango de real decreto, ninguna duda hay de que la emisión del dictamen del alto órgano consultivo se hace conforme a lo dispuesto por el artículo 22.3 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (LOCE), esto es por tratarse de “reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones”. Se trata pues de reglamentos ejecutivos de las leyes, en el sentido que dio a esta expresión la Moción elevada por el Consejo de Estado al Gobierno el 22 de mayo de 1969 y después, con generalidad, la doctrina y la jurisprudencia: los “directa y concretamente ligados a una Ley, a un artículo o artículos de una Ley, o a un conjunto de Leyes, de manera que dicha Ley (...) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el Reglamento” (Moción sobre la consulta al Consejo de Estado de los Reglamentos ejecutivos de las Leyes, p. 9).

---

<sup>553</sup> Cf. RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. (*Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 177-178).

Los ejemplos en este campo, como en todos, son abundantes. Por conexión con lo que se dijo *supra* en el Capítulo -----, apartado II.A [epígrafe 3.a)], pueden mencionarse como ejemplo los dictámenes emitidos en materia de recursos propios, es decir a los proyectos de reglamentos de desarrollo de la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras: dictámenes 1.302/1992, de 29 de octubre; 85/1994, de 3 de marzo; 2.314/1995, de 8 de noviembre; 1.200/1996, de 30 de mayo y 25/2008, de 7 de febrero (al proyecto del que sería Real Decreto 216/2008, ya en desarrollo del vigente artículo 70 LMV).

- Respecto del dictamen sobre los proyectos de normas con rango de orden ministerial, aquí radica justamente la cuestión a la que hacía referencia FUERTES LÓPEZ, esto es su carácter preceptivo cuando se trate del desarrollo de lo previsto en la ley y no en otro caso.

Es claro que se ha de requerir dictamen en los casos de habilitación *per saltum*: dictámenes 53.563/1989, de 13 de julio (al proyecto de orden ministerial que desarrollaba el artículo 25 LMV), 53.742/1989, de 20 de julio (sobre el proyecto de orden que desarrollaba el artículo 86 LMV), 1.294/1999, de 13 de mayo (de nuevo sobre proyecto de orden en ejecución del artículo 25 LMV) y, más recientemente, 468/2009, de 7 de mayo (sobre el proyecto de desarrollo por orden ministerial del artículo 82.5 LMV en materia de información relevante).

En otros campos, el criterio ha sido vacilante; una vez más, puede ponerse como ejemplo la regulación de los recursos propios. No fue sometida a consulta del Consejo de Estado la Orden de 29 de diciembre de 1992, de desarrollo inicial del Real Decreto 1343/1992, pero sí las modificaciones sucesivas (dictámenes 1.389/1996, de 30 de mayo y 621/2000, de 2 de marzo). Cierto que en estos casos existía transposición del Derecho comunitario (Directiva 95/15/CE de la Comisión, de 31 de mayo de 1995 y Directiva 98/32/CE, que modificó la 89/647/CEE, respectivamente), pero la competencia para emitir el dictamen se basó también, en ciertos aspectos, en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Por último, pueden ponerse otros ejemplos de consultas que pretenden sobre todo una adaptación o desarrollo conjunto del marco legal y reglamentario: dictámenes 3.737/2003, de 17 de diciembre y 110/2004, de 5 de febrero, ambos en materia de gobierno corporativo y a los que luego se hará cumplida referencia.

- Muchas de las normas citadas habilitan, por último, la potestad normativa de la CNMV. La emisión de dictamen sobre circulares de la entidad se ha basado, por ello, en la competencia del artículo 22.3 de la LOCE; aunque el criterio restrictivo que se ha seguido en la práctica es el de someter a dictamen del órgano consultivo normas que, bien completen el proceso de transposición del Derecho comunitario (en este caso también sobre lo previsto por el artículo 22.2 LOCE) bien supongan el último escalón *de facto* para incorporar una regulación internacional en nuestro

ordenamiento interno: dictámenes 3.599/1996, de 26 de diciembre, sobre el proyecto de Circular que modificó la 6/1992, de 30 de diciembre, sobre exigencias de recursos propios de Sociedades y Agencias de Valores y sus grupos consolidables, en relación con el riesgo de crédito para contratos bilaterales en derivados sobre tipos de interés y tipos de cambio; 1.799/2008, de 18 de diciembre, sobre el proyecto de Circular sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables; 2.080/2008, de 18 de diciembre, al proyecto de Circular sobre las categorías de instituciones de inversión colectiva en función de su vocación inversora; 2.639/2010, de 21 de diciembre, sobre el proyecto de la que sería Circular 1/2011, de 21 de enero, por la que se modifica la Circular 12/2008, de 30 de diciembre, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables<sup>554</sup>.

§ En lo que hace a los informes de carácter jurídico de la CNE (luego se volverá sobre los emitidos por los Consejos Consultivos de esta entidad), el artículo 17 del Reglamento de la CNE exige el de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Industria y Energía (hoy Industria, Turismo y Comercio) *con carácter previo a su publicación en el Boletín Oficial del Estado*.

Este artículo fue objeto de modificación por el Real Decreto 1204/2006, de 20 de octubre, quedando redactado con el siguiente tenor: “En el ejercicio de la función de emisión de circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los reales decretos y las órdenes del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello, y de circulares de información a que se refiere la disposición adicional undécima tercera.1 y 4 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, la Comisión Nacional de Energía deberá someter las

---

<sup>554</sup> En el caso de esta última Circular, el dictamen se solicita *ex* artículo 22 LOCE, apartados 2 (“disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo”) y 3 (“reglamentos o disposiciones de carácter general que dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones”).

La competencia invocada en primer lugar queda justificada en los primeros párrafos del preámbulo de la norma finalmente aprobada: “Las conclusiones del Consejo Europeo y del ECOFIN, junto con otras iniciativas internacionales, como la cumbre del G-20 de 2 de abril de 2009, destacaron determinadas deficiencias en materia de solvencia que se pusieron de manifiesto en la crisis financiera. Por este motivo, la Comisión Europea ha desarrollado diversas iniciativas, entre ellas la Directiva 2009/27/CE de la Comisión, de 7 de abril, por la que se modifican determinados anexos de la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las disposiciones técnicas relativas a la gestión de riesgos y la Directiva 2009/83/CE de la Comisión, de 27 de julio, por la que se modifican determinados anexos de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las disposiciones técnicas relativas a la gestión de riesgos”.



*mismas a informe de su Asesoría Jurídica, con carácter previo a su aprobación".*

La intención, como parece claro, era la de reforzar la independencia de la CNE, al otorgar el principal informe jurídico previo a su aprobación a un órgano de la propia Comisión. Sin embargo, el Real Decreto 1204/2006 fue considerado nulo de pleno derecho por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2008, por haberse omitido en el procedimiento de elaboración el preceptivo informe de la Comisión Nacional de la Energía. Consideró la sentencia citada que "se ha prescindido del trámite de recabar el informe de carácter preceptivo que debió emitir la Comisión Nacional de la Energía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.1 b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, exigible, en razón de la naturaleza de la norma impugnada, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Hidrocarburos". A su vez, la previsión específica de esta última ley que se entendió infringida fue la contenida en la *DA 11ª.tercero.1.segunda*, que "establece entre las funciones propias de la Comisión Nacional de la Energía participar mediante propuesta o informe en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afecten a los mercados energéticos y, en particular, en el desarrollo reglamentario de la presente Ley, *en relación con lo dispuesto en la función decimoctava de la referida disposición legal*, que estipula el carácter preceptivo de los Informes de la Comisión Nacional de la Energía previstos en las funciones segunda, tercera, cuarta y quinta" (FJ 2º de la sentencia citada). Finalmente, no prosperó la alegación de la Abogacía del Estado relativa al carácter meramente organizativo del Reglamento proyectado —lo que hubiera hecho innecesario, a su juicio, el informe en cuestión— sino que se estimó que se trataba de un auténtico reglamento ejecutivo de desarrollo de la LSH, y se declaró en consecuencia la nulidad del real decreto aprobatorio de las modificaciones.

Con ello, vuelve a recuperar su vigencia el artículo 17 del Reglamento de la CNE en su versión original (Real Decreto 1339/1999). Si bien, en la práctica, se recaban los dos mencionados informes en dos momentos temporales diversos: el de la Asesoría Jurídica de la CNE antes de su aprobación por ésta —como quería la modificación de 2006— y el de la Abogacía del Estado del Ministerio

de Industria, Turismo y Comercio con carácter previo a su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

### **C. La audiencia a los afectados. Participación mediante consejos y otras formas de participación**

#### *1. Importancia general*

No parece necesario subrayar que el trámite de audiencia a los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten [artículo 105 de la Constitución, apartado a)] es el esencial de los que configuran este procedimiento<sup>555</sup>.

Esta exigencia constitucional se ha destacado con mucha fuerza allí donde justamente no se recoge como tal. En efecto, en el Derecho norteamericano se hace especial énfasis en el punto de vista de que la participación –concretada en la audiencia– encuentra su razón más sólida en la defensa de los intereses de los afectados. No sólo porque la “simple existencia de un procedimiento, esto es, la mera previsión de una serie de fases sucesivas a las que ha de ajustarse el desarrollo en el tiempo de la actividad preparatoria de la adopción de una decisión por el poder público, constituye una obvia manera de limitar éste” (LAVILLA), sino más allá y de forma realista porque “la actividad administrativa no es habitualmente sino una ‘continuación del proceso legislativo’, en el sentido de que una buena parte del contenido de la norma se deja en manos del poder reglamentario y,

---

<sup>555</sup> En el último Capítulo se vuelve incidentalmente sobre la idea tradicional de que hay una diferencia de grado entre proceso legislativo y administrativo a este respecto (cf. Rubio Llorente, F., “El principio de legalidad”, recogido en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 2ª ed. 1997, p. 313).

Sin embargo, puede mantenerse en los dos casos que “el principio fundamental del *ethos* jurídico es *audiatur et altera pars*” y, si bien es cierto que este principio se observa ante todo en el procedimiento legislativo (cf. M. KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., pp. 143-145), también lo es que la Administración del Estado social ha de recoger también en este punto las exigencias del principio de audiencia a los ciudadanos en el seno de los procedimientos reglamentarios (como se razona más abajo).

Todo ello, además, reforzado por el indiscutible recordatorio de que, en la práctica, la distancia entre ambos procedimientos tiende a acortarse, por la sustancial coincidencia de intereses que se encuentra en la base del reparto realista de la división de poderes: “En la inmensa mayoría de su contenido, pues, las leyes se hacen también por y en el seno de las Administraciones, y a través del procedimiento que nos ocupa” (dice SANTAMARÍA PASTOR por referencia a la Ley del Gobierno, si bien habría que distinguir entre los trámites a seguir por aquél en la tramitación de anteproyectos legislativos y en la elaboración de disposiciones de carácter general [artículos 22 y 24 de aquélla, respectivamente]: cf. su trabajo sobre “El procedimiento administrativo de elaboración de las normas”, cit., p. 76).

también para determinar el contenido de éste, es imprescindible contar con el punto de vista de las posiciones privadas afectadas<sup>556</sup>.

En nuestro Derecho, y abundando en lo que se dice al comienzo del presente Capítulo sobre la necesidad de mejorar el procedimiento de producción normativa –lo que se afirma por referencia normalmente al de las Administraciones territoriales, pero puede extenderse también al que ahora nos ocupa-, algunas de las críticas más frecuentes a este respecto se refieren precisamente al hecho de que el trámite de audiencia a los ciudadanos tienda a realizarse en la práctica “a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición” [como permite el artículo 24 de la Ley del Gobierno, apartado 1.c) *in fine*]<sup>557</sup>.

La elaboración de las normas de las Administraciones independientes no constituye una excepción en este punto. Es más, se produce en estos casos con toda frecuencia –hasta el punto de que así figura como criterio general en el reglamento de régimen interno de alguna de estas entidades, como se verá- la omisión o sustitución de este trámite a la que faculta, de nuevo en el ámbito del Gobierno, el artículo 24.1.d) de la Ley 50/1997: “No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas

---

<sup>556</sup> Cf. ampliamente LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, cit., pp. 100 ss (la cita sobre la continuación del proceso legislativo es de Herring, P. E., *Public Administration and the Public Interest*, McGraw-Hill, Nueva York-Londres, 1936, p. 218).

En el extremo concreto de quiénes han de intervenir –que es el decisivo, toda vez que, como recuerda SANTAMARÍA, “[e]n uno u otro grado, participación existe siempre: el problema radica en determinar a quién se da entrada en los mecanismos de participación” (“Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas”, cit., p. 84)-, recuerda LAVILLA que la exigencia de legitimación democrática impone también que el círculo no deba extenderse sólo a las asociaciones de empresarios potencialmente perjudicados por la decisión administrativa, sino también a los denominados grupos de interés público representativos de intereses difusos como los de los consumidores o los medioambientales (cf. *ibidem*, p. 106, lo que conecta con las formas de participación del “público” en el sentido de las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE y Ley 27/2006, sobre las que luego se vuelve *in extenso*).

<sup>557</sup> Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA que “[l]a exigencia del reconocimiento por Ley limita en la práctica esta audiencia a Colegios profesionales y poco más; la de ‘relación directa con el objeto de la disposición’ aleja la participación de organizaciones generales, aun constituidas por Ley, como Cámaras de Comercio e Industria (...) [E]sta misma jurisprudencia ha precisado que procede la audiencia de organizaciones voluntarias cuando la Administración tenga referencias de las mismas ‘por la actividad por ellas desplegada cerca de la propia Administración’ (Sentencia de 21 de noviembre de 1990), lo cual es un estímulo a tal actividad como expresión del principio de democracia participativa” (cf. *Curso de Derecho Administrativo*, cit., t. I, , p. 189).

en el proceso de elaboración indicado en el apartado b)”. Forma de participación que no se ha visto como la más recomendable, a la hora de proponer modelos que incrementen realmente aquélla. Dice en este sentido SANTAMARÍA PASTOR que resulta necesario “idear cauces alternativos de participación, que no parece deban seguir la vía de órganos institucionales permanentes del tipo Consejo (...), cuya experiencia no ha sido demasiado alentadora: las disposiciones suelen afectar hoy a colectivos cada vez más reducidos y diversificados de ciudadanos, cuya presencia en órganos de esta naturaleza no resulta factible”<sup>558</sup>.

## 2. *El Banco de España y la audiencia a los “sectores interesados”*

§ El artículo 3.2 de la LBE, como se ha visto repetidas veces, establece en su último inciso que “[a las disposiciones del Banco de España] no les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, *si bien, en el caso de las ‘Circulares’, deberán ser oídos los sectores interesados*”.

Así pues, las diferencias respecto a lo dispuesto en la Ley del Gobierno son apreciables. Allí donde la norma sobre elaboración de reglamentos estatales se refiere, en términos semejantes a los de la Constitución, a ciudadanos afectados (“en sus derechos e intereses legítimos”, precisa, mediante una traslación de conceptos propios de la legitimación procesal al procedimiento de elaboración normativa), que deberán ser oídos directamente o a través de las asociaciones que los representen; la LBE se refiere de forma inmediata a los “sectores interesados” –lo que significa optar en todo caso por la forma de agrupación representativa de los intereses de aquellos ciudadanos que pudieran verse afectados- y circunscribe esta exigencia a la emanación de las circulares.

En la doctrina no se ha llamado vigorosamente la atención sobre la limitación de la audiencia contenida en este precepto. En términos generales, y anteriores a la formulación legal, PARADA VÁZQUEZ recalcó la importancia de este trámite, al señalar que “la regularidad de las medidas interventoras pasa por la audiencia preceptiva, aunque no vinculante, de las asociaciones y entes

---

<sup>558</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “El procedimiento administrativo de elaboración de las normas”, cit., p. 84.

representativos de la banca privada y cajas de ahorro, así como de las organizaciones de consumidores”<sup>559</sup>.

Enfrentado con el análisis del precepto en concreto (artículo 3.2 de la LABE), en relación con lo dispuesto por el artículo 4.4 del RIBE de 1996 (que, como enseguida se dirá, preceptuaba la audiencia tanto para circulares como para circulares monetarias), POMED SÁNCHEZ respaldó el desarrollo interpretativo que de la ley hizo el RIBE de 1996 y cuestionó al tiempo la constitucionalidad de la LABE de no mediar aquella interpretación: “la duda debiera más bien plantearse –decía– acerca de la constitucionalidad del artículo 3.2 *in fine* LABE por contraste con el artículo 105.a) de la Constitución. En efecto, sin excluir ningún matiz, como hace el mencionado precepto legal, la participación externa en el caso de las Circulares Monetarias no parece muy acorde con el emplazamiento al legislador que incorpora el texto constitucional, pues difícilmente superaría el test de la proporcionalidad. Frente a ello, la interpretación que del artículo 3.2 *in fine* LABE efectúa el artículo 4.4 RIBE resulta plenamente consecuente con el mandato constitucional. Conforme a esta interpretación lo que el artículo 3.2 *in fine* LABE habría venido a hacer sería salvaguardar en todo caso la audiencia a los interesados en el caso de las ‘Circulares’, en tanto que para las ‘Circulares Monetarias’, por hacer referencia a ámbitos de la exclusiva competencia del Banco de España y en virtud de su independencia, correspondería a esta entidad articular el cauce legal adecuado que garantizara su efectividad”<sup>560</sup>. Lo cual lleva ya al *iter* normativo que ha experimentado esta cuestión en el Reglamento Interno del Banco de España.

§ Hoy el artículo 8.5 del RIBE reza así: “En el caso de las Circulares, antes de la presentación del proyecto a la Comisión Ejecutiva, y sin perjuicio de que ésta lo pueda examinar en cualquier otro momento, deberán ser oídos los sectores interesados, en los casos y términos establecidos en las leyes, sin más excepciones que las que, por la naturaleza del precepto, resulten esenciales para preservar la efectividad de la medida a adoptar y el mantenimiento de la necesaria reserva que impida que una publicidad adelantada frustre su finalidad”.

---

<sup>559</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.: “Valor jurídico de la Circular”, *op. cit.*, p. 319.

<sup>560</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., *op. cit.*, pp. 676-677.

Concuerda, pues, la vigente dicción del Reglamento Interno de la entidad con el tenor de la ley, y replantea los problemas que en perspectiva crítica acaban de apuntarse. Es necesario detenerse brevemente en la evolución normativa de este precepto, al compás de la cual tuvo lugar una interesante doctrina del Consejo de Estado.

En un primer momento, el proyecto de RIBE de 1996 contenía una formulación similar a la actual, esto es, en la que la referencia a la audiencia a los sectores interesados se ceñía a los supuestos de elaboración de circulares. El dictamen del Consejo de Estado sobre este proyecto (número 3.175/1996, de 3 de octubre) analizó esta regla con detenimiento:

“Una última cuestión, también relacionada con los artículos del Proyecto de Reglamento por los que se articula la elaboración y aprobación de las disposiciones de carácter general emanadas del Banco de España, es la relativa a la necesaria efectividad del principio de participación ciudadana en el ámbito de la elaboración de disposiciones de carácter general. A dicho principio se refiere el artículo 105.a) de la Constitución, el cual establece que la Ley regulará ‘la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten’.

El Proyecto sometido a consulta refleja dicho principio en el artículo 4.4, el cual señala que ‘en el caso de las Circulares, antes de la presentación del proyecto a la Comisión Ejecutiva, deberán ser oídos los sectores interesados, en los casos y términos establecidos en las Leyes’. En opinión de este Consejo, *dicho precepto debiera establecer el trámite de audiencia con carácter preceptivo y general, es decir, no sólo para el caso de las denominadas ‘Circulares’*: anteriormente se ha hecho alusión a la peculiaridad del contenido de las “Circulares Monetarias”, pero esta peculiaridad no es óbice para que en su tramitación se omita el principio de audiencia que, con carácter general, consagra la Constitución. Por ello, el Consejo de Estado entiende que debe modificarse la redacción del artículo 4.4 en el sentido de *que la preceptividad de la audiencia sea la regla general; sin más excepciones que aquéllas, en las que por la naturaleza misma del contenido del precepto, resultase esencial para la efectividad de la medida que se pretende adoptar la discreción o sigilo, de suerte que una publicidad adelantada de ella frustrase su finalidad*” (subrayado nuestro).

La influencia de la observación sobre el texto de la versión siguiente no necesita remarcarse. Dispuso el citado artículo 4.4 del RIBE, en su versión de 14 de noviembre de 1996: “Tanto en el caso de las Circulares como de las Circulares Monetarias, antes de la presentación del proyecto a la Comisión Ejecutiva, deberán ser oídos los sectores interesados, en los casos y términos establecidos en las leyes, sin más excepciones que las que, por la naturaleza del precepto, resulten esenciales para preservar la efectividad de la medida a adoptar y el mantenimiento de la necesaria reserva que impida que una publicidad adelantada frustre su finalidad”. En la doctrina se vio en

ello –ya se ha dicho– un adecuado desarrollo del artículo 3.2 de la LABE, que reconducía el sentido de éste a una legislación de mínimos sólo compatible, en la antedicha interpretación, con el texto constitucional. Por lo demás, se añadía, “en el artículo 4.4 RIBE subyace la consideración del carácter preceptivo del trámite de información pública, salvo que concurren los supuestos en él mencionados y formulados a través de indudables conceptos jurídicos indeterminados”<sup>561</sup>.

No obstante todo lo cual, la vigente versión del Reglamento Interno del Banco de España (artículo 8.5, antes reproducido) vuelve a la redacción del proyecto primigenio. Significa ello el retorno a una concepción, según la cual las circulares monetarias son elaboradas por el Banco de España en el ejercicio de una potestad en la que dispone, al mismo tiempo, de la máxima autonomía y de una marcada indisponibilidad, pues se limita a la ejecución de la política monetaria del Sistema Europeo de Bancos Centrales. Lo cual encaja plenamente, por lo demás, con la intención fundamental del RIBE de 28 de marzo de 2000 de “llevar a cabo las modificaciones normativas necesarias para hacer plenamente efectiva la integración del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales” (dictamen del Consejo de Estado número 116/2000, de 3 de febrero).

### *3. La participación mediante consejos consultivos o asesores*

§ Como antes se ha visto, el Consejo Consultivo de la CNMV cumple no sólo la función de informe técnico y jurídico sobre los proyectos que se le someten a consulta, sino también y ampliamente la de servir de cauce de participación en esta materia.

A este último respecto, el Consejo de Estado pudo hablar de una “segunda línea relacional” de singular importancia al examinar el proyecto de Real Decreto que por primera vez desarrolló el régimen de este órgano (Real Decreto 341/1989, de 7 de abril, cuyo proyecto fue objeto del dictamen 53.063, de 9 de marzo de 1989, del citado órgano consultivo): el Comité Consultivo de la CNMV, se dijo, “aparece como órgano de carácter asesor del Consejo de la Comisión y, a su vez, se concibe como instrumento de participación a través del cual hacer efectivo el principio de audiencia de los sectores afectados en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas (párrafo 2º del artículo 23 de la Ley), aspecto este que tiene singularísima importancia por lo que se refiere a la

---

<sup>561</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., *op. cit.*, p. 677 (nota 86).

presencia en el Comité Consultivo de representantes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, en las que exista localizada Bolsa de Valores. (...) Las líneas relacionales del órgano –y que deberán inspirar su propio funcionamiento- se proyectan en dos direcciones fundamentales: su inserción dentro de la Comisión Nacional como órgano de ésta y la representación de las Comunidades Autónomas y sectores afectados. Dentro de esta segunda línea relacional, el nombramiento de representantes, bien que de una manera compleja impuesta por la propia complejidad de los sectores representados, parece correctamente resuelto en el texto que se somete a dictamen, dando satisfacción a los distintos intereses en presencia mediante un procedimiento de designación al que se ha llegado tras múltiples reelaboraciones y, es de destacar, que teniendo en cuenta –como se desprende de los antecedentes que obran en el expediente- muchas de las alegaciones formuladas por los propios sectores afectados”.

Aspecto que ha sido destacado asimismo en la doctrina. Dice FUERTES LÓPEZ que con esta función “parece que el legislador trata de cumplir el necesario y trascendental trámite de participación a las asociaciones interesadas que se exige por la propia Constitución, en su artículo 105, y que se encuentra establecido con carácter general en el artículo 130.4 de la LPA” [hoy en el 24.1.c) de la Ley del Gobierno] (...) Esta idea surge al estar representadas en el Comité las distintas clases de entidades que intervienen en el mercado de valores, al existir vocales representantes de las sociedades y agencias de valores, de las sociedades emisoras y de los inversores (mediante la representación de instituciones de inversión colectiva y del Instituto de consumo). Además, así se establece para los supuestos de elaboración de Decretos y Órdenes en el último párrafo del artículo 23 de la LMV, donde el legislador de modo expreso dispone la sustitución del trámite de audiencia por el de informe del Comité consultivo (solución ésta que recuerda mucho al criterio que rige en los procedimientos de elaboración de disposiciones por las agencias norteamericanas, donde se excluye el trámite de audiencia cuando existe en la agencia un órgano donde se encuentran representados los más importantes o distintos intereses en juego)”<sup>562</sup>.

---

<sup>562</sup> FUERTES LÓPEZ, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, cit., pp. 85-86.



En todo caso, añade la citada autora, "no deben despreciarse las siguientes observaciones", que encuadran adecuadamente, en efecto, el limitado papel que como órgano participativo puede jugar el Comité Consultivo de la CNMV –y que nunca puede llegar a sustituir el trámite de audiencia, se insiste, en el caso de las circulares: 1º) esta regla se refiere expresa y únicamente a las disposiciones que emanen del Gobierno o del Ministro; 2º) el Comité "no constituye ni una asociación, ni una organización independiente"; y 3º) en él "no están representados todos los diversos intereses que concurren en el mercado de valores. Así, y por poner sólo algún ejemplo, existen representantes de los 'miembros del mercado', es decir de las sociedades y agencias de valores y bolsa, pero no de los restantes intermediarios bursátiles, tanto las demás sociedades o agencias de valores, como las distintas entidades relacionadas en el artículo 76 de la LMV o las entidades relacionadas con el mercado de futuros y opciones". La fuerza de estas opiniones –se añade en conclusión– deriva no sólo de la supletoriedad de la LPA (hoy de la LRJAP y de la LOFAGE en el artículo 14.2 LMV; aunque en este punto la aplicabilidad de la Ley del Gobierno deriva más bien de considerarse a ésta como un conjunto de pautas mínimas en el procedimiento de producción reglamentaria), sino de su propio ajuste a las exigencias del artículo 105 de la Constitución.

Con todo, es de destacar por último que esta forma de participación no obsta a que, en la práctica, se conceda el trámite de audiencia, bien de forma individualizada (a través de las asociaciones representativas de los intereses del sector), bien concediendo un período de información pública. Esta última práctica se ha cuestionado en alguna ocasión por el Consejo de Estado: "Por lo que hace a la audiencia a los ciudadanos cuyos intereses pudieran resultar afectados, o a las organizaciones y asociaciones representativas de éstos, se ha optado por un trámite de información pública del proyecto (artículo 24.1.c] de la Ley del Gobierno, primer párrafo) a través de la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En este punto, hubiera resultado idóneo, a la vista de la trascendencia de la norma y del amplio abanico de intereses que pueden quedar afectados, otorgar la posibilidad de audiencia individualizada a las entidades más representativas del sector" (dictamen 2.020/2008, citado, sobre el proyecto de la que sería Circular de la CNMV 1/2009, de 4 de febrero, de la Comisión

Nacional del Mercado de Valores, sobre las categorías de instituciones de inversión colectiva en función de su vocación inversora).

§ La alusión a los informes emitidos por los Consejos Consultivos de Electricidad o de Hidrocarburos de la CNE requiere también alguna aclaración.

Ante todo, su intervención es preceptiva en la emisión de circulares, según lo previsto en el artículo 29.1 del Reglamento de la CNE, aprobado por Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que dispone: "De acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, el Consejo Consultivo de Electricidad y el Consejo Consultivo de Hidrocarburos, en relación con el sector sobre el que cada uno es competente, podrán informar respecto a las actuaciones que realice la Comisión Nacional de Energía en el ejercicio de sus funciones. *Este informe será preceptivo sobre las actuaciones a desarrollar en ejecución de las funciones segunda, tercera, cuarta y séptima recogidas en el apartado tercero.1 de la disposición adicional undécima de la citada Ley*".

Sin embargo, puede decirse que se trata en rigor de satisfacer el trámite de audiencia de los sectores interesados a través de los representantes del sector, integrados como vocales en dichos Consejos Consultivos. Así pues, estos Consejos dan audiencia y solicitan el parecer de sus miembros como representantes del sector, de modo que son las observaciones de éstos directamente –y no un informe consultivo separado, que no existe como tal- las que acceden al expediente.

§ Por último, en el ámbito de la seguridad nuclear, mediante el artículo 15 de la Ley 15/1980 (añadido por la Ley 33/2007) "se crea un Comité Asesor para la información y participación pública sobre seguridad nuclear y protección radiológica, presidido por el Presidente del Consejo de Seguridad Nuclear, cuya misión será emitir recomendaciones al Consejo de Seguridad Nuclear para mejorar la transparencia, el acceso a la información y la participación pública en las materias que son de su competencia" (apartado 1). Sus recomendaciones no tendrán carácter vinculante para el CSN, precisa el segundo párrafo del citado precepto.

Su composición se basa en el carácter representativo de los miembros nombrados por los Departamentos competentes,

Comunidades Autónomas, Entidades locales, organizaciones no gubernamentales, expertos científicos, etc. En efecto, el artículo 15.2 habla siempre de “representantes” de unas y otras instancias, a pesar de ser muy diversas entre sí. De otro lado, establece una especie de *numerus clausus* basado en la mayor implantación de ciertas organizaciones, salvo en el caso de las Comunidades Autónomas, cuya representación en el Comité se deriva de criterios de tenencia de instalaciones nucleares en su territorio o celebración de acuerdos con el CSN.

Así, el Comité Asesor está compuesto por miembros de las siguientes entidades y sectores, que serán nombrados por el Presidente del Consejo de Seguridad Nuclear (veinte más los designados por las Comunidades Autónomas): cinco de *Departamentos ministeriales* con rango al menos de Subdirector General o equivalente (Industria, Turismo y Comercio; Sanidad y Consumo; Interior; Medio Ambiente [y Medio Rural y Marino]; Educación y Ciencia); los de las *Comunidades Autónomas* según el criterio señalado; del *ámbito local* (a propuesta de la Federación Española de Municipios y Provincias y de la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares); de la *industria* (dos a propuesta de la Asociación Española de la Industria Eléctrica, uno de ENRESA y otro de ENUSA); dos de las *organizaciones sindicales* y dos de las organizaciones *no gubernamentales* dedicadas a la defensa del medio ambiente, “con mayor implantación en el Estado” en ambos casos; y “cinco *expertos*, nacionales o extranjeros, que habrán de ser independientes y de reconocido prestigio en el ámbito científico, técnico, económico o social, o en materia de información y comunicación”.

#### 4. *El mecanismo de participación pública en las instrucciones del CSN*

Con carácter distinto y más amplio a la forma de participación orgánica que se acaba de comentar, el artículo 14 de la Ley 15/1980 (introducido mediante la Ley 33/2007) dispone en su apartado 3 que el Consejo de Seguridad Nuclear “someterá a comentarios públicos las instrucciones y guías técnicas, durante la fase de elaboración, haciendo uso extensivo de la web corporativa del Consejo de Seguridad Nuclear para facilitar el acceso de los ciudadanos”.

Por otra parte, el artículo 2.a) de dicha ley establece sencillamente la obligación de fomentar “la participación de los

interesados y del público en los términos previstos en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente”. Lo cual remite, a su vez, a lo dispuesto por los artículos 2, 16 y 18 de esta última ley.

Se basa ésta en una concepción de la participación pública que incorpora a nuestro ordenamiento, a su vez, lo previsto por el Convenio de Aarhus (Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, de 25 junio de 1998, ratificado por España en 2004 y en vigor desde el 31 de marzo de 2005) y la regulación contenida en las Directivas 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, sobre el acceso del público a la información ambiental y 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente (y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación pública y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE). Su Título III se ocupa ampliamente del derecho de participación pública en los asuntos de carácter ambiental en relación con la elaboración de disposiciones de carácter general, en el que se reconoce el derecho del público a “expresar observaciones y opiniones cuando estén abiertas todas las posibilidades, antes de que se adopten decisiones sobre el plan, programa o disposición de carácter general”.

Con la advertencia previa de que la genérica regulación contenida en la Ley 27/2006 dirigida a incentivar la participación “no sustituye en ningún caso cualquier otra disposición que amplíe los derechos reconocidos en esta Ley” (artículo 16.3), las reglas recogidas en la Ley 17/2006 pivotan sobre estas ideas básicas:

- Que las Administraciones Públicas han de velar para que se informe al público, en general, “mediante avisos públicos u otros medios apropiados, como los electrónicos, cuando se disponga de ellos, sobre cualesquiera (...) disposiciones de carácter general, o, en su caso, de su modificación o de su revisión, y porque la información pertinente sobre dichas propuestas sea inteligible y se ponga a disposición del público, incluida la relativa al derecho a la

participación en los procesos decisorios y a la Administración pública competente a la que se pueden presentar comentarios o formular alegaciones" [artículo 16.1.a)].

- Que, en consecuencia, "el público tenga derecho a expresar observaciones y opiniones cuando estén abiertas todas las posibilidades, antes de que se adopten decisiones", sobre la disposición de carácter general. Y ello, de forma que, "al adoptar esas decisiones sean debidamente tenidos en cuenta los resultados de la participación pública". Lo cual se manifestará, en fin, en el deber consistente en que "una vez examinadas las observaciones y opiniones expresadas por el público, se informará al público de las decisiones adoptadas y de los motivos y consideraciones en los que se basen dichas decisiones, incluyendo la información relativa al proceso de participación pública" [artículo 16.1, apartados b), c) y d)].

- Todo lo anterior es objeto de una trascendental precisión, que permite superar en parte la ambigüedad de qué haya de entenderse por "público" y "participación pública", cual es la relativa a que "las Administraciones públicas competentes determinarán, con antelación suficiente para que pueda participar de manera efectiva en el proceso, *qué miembros del público tienen la condición de persona interesada* para participar en los procedimientos a los que se refiere el apartado anterior. Se entenderá que tienen esa condición, *en todo caso*, las personas físicas o jurídicas que se reputen como interesadas según el régimen general de la LRJAP y cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular, constituidas legalmente y en régimen de efectivo ejercicio de su actividad al menos durante los dos años anteriores y que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la norma (cf. artículos 16.2, 2.2 y 23 de la Ley 17/2006).

- Por último, la Ley 17/2006 se refiere a la participación en las normas relacionadas con la protección del medio ambiente, en el sentido que especifica su artículo 18.1, que se refiere a "la elaboración, modificación y revisión de las disposiciones de carácter general que versen sobre las materias siguientes", entre las que se citan –entre otras- la contaminación atmosférica, la gestión de los

residuos y lo relacionado con otras emisiones, vertidos y liberación de sustancias en el medio ambiente [apartados d), h) y k)]. Y no ha de olvidarse que la información ambiental se define como cualquiera que verse sobre “los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente” [artículo 2.3.b) de la citada ley].

## V. Aprobación y publicación

§ Finalmente, todas las normas que se ocupan de la tramitación de los reglamentos de las Administraciones independientes prescriben que, tras su aprobación, deben ser publicados en el Boletín Oficial del Estado.

Respecto a la primera, se produce con toda normalidad por el órgano de gobierno colegiado de cada una de estas entidades<sup>563</sup>, con la importante excepción del CSN y la exigencia de comunicación de las instrucciones al Congreso de los Diputados con carácter previo a su aprobación.

Por lo que hace a la publicidad oficial, lejos de ser una obvia constatación de su carácter normativo (aunque en cierto sentido, una vez establecida con carácter obligatorio, lo es), ha de recordarse que en la práctica la mayor parte de las veces los problemas de normatividad comienzan a plantearse justamente al hilo de esta característica: si son normas jurídicas –conforme a los criterios que se analizarán someramente en el último Capítulo; en todo caso, si pueden invocarse ante el juez estableciendo derechos y obligaciones-, entonces la exigencia de su publicación oficial resulta imprescindible.

Así sucedió paradigmáticamente en el caso de las circulares del Banco de España y de las resoluciones del ICAC. Todavía hoy, en

---

<sup>563</sup> La regla se ha hecho común hoy a la CNE, CMT y Comisión Nacional del Sector Postal por el artículo 12.1 de Ley de Economía Sostenible (si bien se refiere limitadamente a la función de dictar “instrucciones de carácter general” a los agentes del sector): “El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones atribuidas al Organismo Regulador, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar. Entre sus facultades indelegables se encuentran la aprobación de los presupuestos del Organismo, y de su memoria anual y sus planes anuales o plurianuales de actuación en que se definan sus objetivos y sus prioridades, así como, si las tuviese atribuidas, las funciones de arbitraje y la potestad de dictar instrucciones de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión en cada caso”.

aquellas entidades cuyo proceso de elaboración normativa está menos decantado, la exigencia de publicidad oficial como requisito de inserción en el ordenamiento es prácticamente lo primero, y en ocasiones casi lo único, que figura como trámite indispensable (CMT o AEPD)<sup>564</sup>. En fin, ciertas categorías de instrumentos normativos se ven forzadas aún a establecer distingos de este tipo (publicidad y no mera notificación de las circulares de la CNE); por no hablar de otros problemas cercanos que plantean los actos sancionadores de estas entidades –en especial, en el sector financiero– en torno a las exigencias de su publicidad<sup>565</sup>.

A continuación se analizan unas y otras cuestiones, al hilo de la clasificación de Administraciones independientes que se ha hecho en la segunda parte de este trabajo<sup>566</sup>.

§ El artículo 8.7 RIBE precisa que “cumplidos los trámites de los apartados anteriores, se elevará el proyecto de Circular o Circular monetaria al Consejo de Gobierno”. Con posterioridad, las disposiciones aprobadas por el Banco de España, dice el artículo 3.2 LBE, “serán publicadas en el ‘Boletín Oficial del Estado’ y entrarán en vigor conforme a lo previsto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil” (regla que reproduce en idénticos términos el artículo 8.9 RIBE).

Cerrando de algún modo este capítulo con consideraciones de alguna manera similares a las que se formulaban al comienzo, cabe decir, con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que, “evidentemente” el ejercicio por

---

<sup>564</sup> La Ley de Economía Sostenible ha reiterado precisamente este aspecto, en el otro momento en el que trata claramente de las disposiciones normativas de los llamados organismos reguladores en su artículo 20 (“Publicidad de las actuaciones de los Organismos Reguladores”), apartados 1.h) y 2, que establecen respectivamente lo que sigue:

“El Organismo Regulador hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que los regulan, preservando, en todo caso, aquellos aspectos que afecten a la confidencialidad a la que tienen derecho las empresas, y, en particular: (...) La preparación y tramitación de las normas cuya aprobación les corresponda, así como, en su caso, de las propuestas normativas que deban formular.

(...) Las disposiciones, resoluciones, acuerdos, informes y la memoria anual de actividades y el plan de actuación se harán públicos por medios electrónicos, una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales o meramente preparatorios de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refieren el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el artículo 24.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”.

<sup>565</sup> Sin ánimo exhaustivo, -----

<sup>566</sup> En el caso del ICAC, la directa remisión de la disposición final primera de la Ley 16/2007 a lo establecido por el artículo 24 de la Ley de Gobierno comprende también lo previsto por el apartado 4 de éste: “La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’”.

el Banco de España de su potestad normativa “debe respetar las exigencias de su publicación oficial”. Ésta no es, dice el citado autor en diálogo con PARADA VÁZQUEZ (quien justamente había partido, para el estudio de las circulares, de la publicación de una ellas en la sección de anuncios del BOE), “un mero instrumento de conocimiento. Si así fuera, sería más útil darla a conocer por la televisión o incluirla en un periódico de gran difusión; por el contrario, es un requisito imprescindible ‘para que al menos se pueda tener por dictada’, como ha subrayado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por esta misma razón, debe publicarse *como tal norma*, como tal disposición general, no de forma vergonzante como un mero anuncio, en el que la norma aparece privada de su dignidad –e imperatividad– de tal”. Con cita del propio autor y de GARCÍA DE ENTERRÍA, se añade que “la publicación en los boletines oficiales citados (no en otro lugar) de una ley (y, en general, de toda norma jurídica escrita) es un requisito esencial para la existencia de la misma, no una mera regla formal o una condición de eficacia, como no es infrecuente que se sostenga. Su carácter esencial está hoy corroborado, como un principio básico ‘garantizado’ por la Constitución, por el artículo 9.3 de ésta (la publicidad de las normas)”<sup>567</sup>.

§ En lo que hace a la CNMV, dispone el artículo 15-2º LMV que las circulares serán aprobadas por el Consejo de la Comisión. Por su parte, establece el artículo 35.6 RICNMV que, “una vez concluidos los trámites precedentes, el proyecto de Circular será sometido a la aprobación final del Consejo de la CNMV, sin que en ningún caso sea posible la delegación de esta facultad en cualquier otro órgano rector”.

Este último inciso, que responde a la general prohibición de delegación de competencias de carácter normativo<sup>568</sup> y que consta igualmente en el artículo 6.4.b) RICNMV, fue incluido a sugerencia del dictamen del Consejo de Estado nº 1.205/2003, de 5 de junio, que

---

<sup>567</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Los poderes normativos del Banco de España”, *RDBB*, nº 13, 1984, p. 28 (nota núm. 37). La cita de GARCÍA DE ENTERRÍA. E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. corresponde al *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 4ª ed, Civitas, Madrid, p. 41.

<sup>568</sup> Como lo hace notar Díez-SÁNCHEZ, J. J., “La Comisión Nacional del Mercado de valores. Análisis especial de las Cartas-Circulares de su Presidente”, *RDBB* núm. 67 (1997), p. 759; con cita de MARTÍN MATEO, R., “La degradación normativa de las disposiciones reglamentarias”, *RAP* 51 (1967), pp. 323 ss.



notó al respecto cómo el artículo 13.2. LRJAP, de una parte, prohíbe la delegación de las competencias relativas a “la adopción de las disposiciones de carácter general” [apartado a)] y, de otra, las relativas a todas aquellas “materias en que así se determine por norma con rango de ley” [apartado d)]. A la vista de esta última reserva legal –se decía–, “resulta adecuada la remisión genérica que hace el Reglamento a la Ley y a la propia naturaleza de las competencias a efectos de determinar cuáles de éstas son delegables y cuáles no lo son. Sin embargo, se trata de una remisión que deja la cuestión en cierta forma indefinida. Por ello, podría valorarse la posibilidad de introducir una precisión en el proyecto en el sentido de que, en particular, son indelegables las competencias normativas del Consejo de la CNMV (aprobación de las Circulares y del propio Reglamento de régimen interior), así como la elevación al Gobierno de las cuentas anuales del ejercicio económico, todo ello por aplicación de la Ley 30/1992, y sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales”.

En fin, las circulares de la CNMV no surtirán efectos hasta tanto sean publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil (artículos 15-2º *in fine* LMV y 35.8 RICNMV).

§ Todas las circulares de la CNE, tanto las de desarrollo y ejecución de normas reglamentarias que les habiliten expresamente para ello como las de petición de información, son aprobadas por el Consejo de Administración de la CNE (artículo 19-párrafo primero de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1339/1999) y publicadas en el Boletín Oficial del Estado (DA 11ª.tercero.1.séptima y tercero.4 de la LSH).

Como se vio, la Memoria de la CNE del año 2007 se refería aún a la notificación de las circulares a las empresas interesadas<sup>569</sup>. La correspondiente al año 2008 y las posteriores han omitido toda mención de este trámite, parece que en línea con la concepción que otorga a todas las circulares valor normativo, cuyo general conocimiento se obtiene pues a través de su publicación oficial.

---

<sup>569</sup> También NAVARRO RODRÍGUEZ, P., *La Comisión Nacional de Energía*, cit., p. 127, se hace eco de esta notificación, si bien de la lectura de su exposición parece deducirse que se está refiriendo a la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las circulares de requerimiento de información.

§ Respecto a la CMT, las circulares de esta entidad aprobadas hasta este momento se presentan formalmente como resoluciones del Presidente de la CMT, que insertan como anexo el texto de la circular. Parece que prima con ello el aspecto de publicidad en el Boletín Oficial del Estado que tiene propiamente dicha resolución, mediante el que se integra un contenido normativo ya cerrado y aprobado en sus términos por el Consejo.

§ En lo relativo a la aprobación de las instrucciones del CSN, establece el artículo 2.a), tercer párrafo *in fine*, de la Ley 15/1980 que “las instrucciones serán comunicadas al Congreso de los Diputados con carácter previo a su aprobación por el Consejo”.

Parece claro que este deber de comunicación previa no condiciona ni limita la potestad normativa de la CSN. Plantea, por lo demás, el extenso tema de la relación de esta Administración independiente con las Cortes Generales, que fuera tempranamente puesto de relieve por LÓPEZ RAMÓN, quien habló de la “firme voluntad legal de configurar una Administración independiente amparada por el propio Parlamento”, y retomado después por SALA ARQUER<sup>570</sup>.

El primero de los citados autores abordó el tema a propósito de la obligación de dar traslado del Estatuto del CSN a las Comisiones competentes del Congreso y del Senado antes de su publicación –es decir, una vez aprobado– (artículo 1.1 de la Ley 15/1980), para llegar a la conclusión de que “aquí no parece que nos encontremos ante un elemento procedimental que condicione el ejercicio de la potestad reglamentaria, puesto que el Estatuto está ya aprobado cuando debe remitirse a las Cámaras. Tampoco creo que el cumplimiento del trámite merezca la consideración de requisito de eficacia del Estatuto (...) Con esta regla lo que se consigue es posibilitar o facilitar el ejercicio por el Parlamento del control político sobre el Gobierno en relación con la independencia querida para el Consejo de Seguridad Nuclear. De tal manera que la observancia o inobservancia de la misma regla, así como las actuaciones emprendidas al respecto por las Cámaras, carecen de consecuencias jurídicas, pero pueden tener

---

<sup>570</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., “El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente”, *cit.*, p. 204; SALA ARQUER, J. M., “El Consejo de Seguridad Nuclear y el Parlamento”, *Estudios de Derecho Nuclear*, diciembre de 2004.

consecuencias políticas en el ámbito de los mecanismos de control parlamentario sobre la actuación del Gobierno”<sup>571</sup>.

Consecuencia que puede mantenerse también respecto de las instrucciones a aprobar por el CSN, lo que constituye otro vestigio de su particular relación con las Cortes Generales<sup>572</sup>.

Por último, preceptúa el artículo 2.a) de la Ley 15/1980, al comienzo de su tercer párrafo, que “las instrucciones (...) tendrán carácter vinculante para los sujetos afectados por su ámbito de aplicación, una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el “Boletín Oficial del Estado””. Expresión ambigua que parece debatirse aún entre el carácter vinculante de las instrucciones, que estableció según se dijo la Ley 24/2005, y su genuino carácter normativo, que es el que se desprende sin duda de la reforma llevada a cabo por la Ley 33/2007. Así pues, con independencia de que pueda llevarse a cabo una notificación previa o posterior –práctica irregular que cabría predicar acaso de las instrucciones técnicas complementarias-, lo decisivo es el criterio de su publicación oficial, para general conocimiento de la norma jurídica.

§ En fin, el artículo 116 del Real Decreto de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, determina con carácter general, y salvo algunas excepciones, la publicidad de las resoluciones de la AEPD (que, conforme a su apartado 2, “se realizará preferentemente mediante su inserción en el sitio web de la Agencia Española de Protección de Datos, dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de su notificación a los interesados”).

Como se vio en el capítulo dedicado a la AEPD, existe también una Instrucción (la número 1/2004) que desarrolla estos aspectos. Pero es claro que esta forma de publicación genérica para los actos de la Agencia o para la aprobación de modelos es insuficiente para las

---

<sup>571</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., “El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente”, *cit.*, p. 203.

<sup>572</sup> Que puede encontrarse también, por ejemplo, en lo dispuesto por el artículo 7.1 de la Ley 15/1980 al hilo de las causas de cese del Presidente y los Consejeros del CSN: “El Congreso de los Diputados, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, podrá instar en cualquier momento al Gobierno el cese del Presidente y Consejeros”.

normas que aquélla dicta, que son de hecho publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

### **CAPÍTULO XIII**

#### **LA ACTIVIDAD DE REGULACIÓN DESARROLLADA POR LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: CONTENIDO Y CONTROL**

##### **I. El marco constitucional y el marco jurídico de la Unión Europea: libertad de empresa y regulación**

A la hora de analizar el contenido de los productos normativos de las Administraciones independientes, se impone un breve repaso de la evolución que ha experimentado la llamada función de regulación. Es preciso estudiar, en efecto, si dicha función ha alcanzado cierta autonomía como forma de intervención administrativa en la vida económica, partiendo del respeto de las libertades constitucionales; y si dicha autonomía arroja alguna luz sobre la extensión de la potestad normativa de las Administraciones y acerca de los límites que ésta ha de observar.

En esta labor, es preciso partir de los condicionamientos constitucionales e igualmente de las modulaciones que, respecto de la Constitución económica, impone el Derecho de la Unión Europea. A estos efectos, carece de mayor relevancia si se entiende que ambos planos son igualmente constitucionales o si se trata, más simplemente, de que el nivel de protección de los derechos fundamentales ha de cubrir, al menos, los límites impuestos por la Unión Europea en el desenvolvimiento de las libertades comunitarias<sup>573</sup>.

---

<sup>573</sup> En la doctrina, BETANCOR RODRÍGUEZ sostiene decididamente la concepción de que ambos planos revelan una exigencia constitucional: “El marco constitucional tiene dos niveles”, al menos desde la STJCE de 23 de abril de 1986, *Los Verdes c. Parlamento Europeo*, 294/83 y la definición del TCE como “carta constitucional fundamental de la Comunidad”; lo que explica afirmando que “el Estado es constituido por la Constitución mientras que dicho Estado es el constituyente de la Unión en cuanto sujeto integrante (...) El TUE, alumbrado por los Estados ha desplazado al ciudadano como sujeto constituyente desde el momento en que no es de la Comunidad. Este desplazamiento tiene como consecuencia (...) que el TUE no instituye un Estado al servicio del ciudadano sino una Comunidad-Organización internacional en la que los sujetos constituyentes, los Estados, puedan convivir y desarrollar cierto plan de futuro articulado alrededor de los ideales del artículo 3 TUE pero sobre la base, al igual que sucede con la Constitución, de ciertos valores enumerados en el artículo 2 TUE y en el artículo 1 CE, respectivamente” (BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 211-212).

Por su parte, PAZ-ARES y ALFARO no dudan en afirmar que “la ‘Constitución’ europea es una Constitución económica que reparte el poder de regulación de la vida económica entre los Estados y la

Importa más subrayar, en cambio, cuál es el juego efectivo entre los valores reconocidos por la UE y el respeto de las libertades comunitarias, de un lado, y la articulación de la libertad de empresa y el reconocimiento de la iniciativa pública en el sector económico (artículos 38 y 128.2 de la Constitución, respectivamente), de otro, como expresión de la Constitución económica interna del Estado social de Derecho en España.

Tres grandes explicaciones se han ofrecido, a nuestro juicio, sobre el particular.

La más sencilla concibe el mercado como marco de la libertad de empresa –conforme al tenor literal del artículo 38 de la Constitución– y expresa la interrelación entre ambos a partir de tres puntos, según lo desarrolla MUÑOZ MACHADO<sup>574</sup>:

“1º. La consagración de la libertad de empresa en la Constitución, artículo 38, tiene que entenderse en paralelo con el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica en el artículo 128.2. Como ya hemos explicado, el ejercicio de la libertad de empresa es compatible con las potestades de los poderes públicos de crear empresas, en cualquier sector (...).

2º. La Constitución permite la delimitación de la libertad de empresa, en los términos que habilita el artículo 53.2 de la Constitución. Las regulaciones y limitaciones del derecho tienen que respetar su ‘contenido esencial’. En los términos que la jurisprudencia constitucional ha interpretado este concepto, significa que las normas reguladoras no pueden desfigurarlos hasta hacerlo irreconocible o liquidar las notas o características esenciales con las que es socialmente reconocido (...). Esta doctrina aparece muy reiterada en una jurisprudencia del Tribunal Constitucional extensísima (...).

---

Unión. En los tratados, la unión tiene encomendada la función de garantizar las libertades económicas, el mercado interior y el mantenimiento de un sistema económico que funcione con arreglo a criterios de competencia no falseada. En esta tarea, el Derecho comunitario prevalece sobre los derechos nacionales incluidas las respectivas Constituciones. Obviamente, las libertades del Tratado no son derechos fundamentales” (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentario al artículo 38”, en VVAA [dirs. M<sup>a</sup>. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer; coords. M. Pérez Manzano e I. Borrajo Iniesta], *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 988.

<sup>574</sup> Cf. MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica” en la obra colectiva *Derecho de la regulación económica*: tomo I, *Fundamentos e instituciones de la regulación* (dirs. S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo), pp. 54-55.

3º. La libertad que considero está consagrada 'en el marco de la economía de mercado'. Las reglas del mercado están contenidas en normas legales (especialmente, Ley de Defensa de la Competencia). Pero su definición no depende de la libertad absoluta del legislador (prima, según el TC, en la referencia a la 'economía de mercado', 'el carácter de garantía institucional' –SSTC 83/1984 y 123/1991- lo que conlleva que, al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa –STC 88/1986-, es también el parámetro 'dentro del que han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad'). No sólo porque el concepto de 'economía de mercado' responda a un conjunto de valores perfectamente identificables, sino, sobre todo, porque el Derecho Comunitario, cuyos criterios en este punto se imponen al legislador interno, ha definido alguna de las reglas principales del mercado interior. Entre ellas, señaladamente, la competencia libre (también el TC –v.gr. sentencia 88/1986- considera la libre competencia elemento decisivo de la economía de mercado). La libertad de empresa tiene que ejercerse, por tanto, forzosamente, en el marco de mercados competitivos que imponen la observancia de las reglas esenciales que están reguladas en los artículos 81 y siguientes del Tratado CE: prohibición de prácticas colusorias, de abuso de la posición dominante, de concentraciones capaces de disminuir la competencia".

Un análisis más detallado, que parte de presupuestos semejantes a los que se acaban de señalar, es el que lleva a cabo BETANCOR RODRÍGUEZ al tratar de la "justificación y límites últimos de la intervención regulatoria en el marco jurídico-constitucional"<sup>575</sup>, que, según se ha explicado, queda formado para él en plano de igualdad tanto por los Tratados de la Unión (entendiendo hoy por éstos el Tratado de la Unión Europea [TUE] y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE], en su redacción por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007) y por las reglas de la Constitución sobre el particular.

Tras explicar los valores y los ámbitos de libertad "ofrecidos" por la Unión (que reflejan la estática o el para qué de esta forma política: "la Unión –dice- existe para crear ciertos ámbitos de libertad a los ciudadanos"), sienta la premisa de su explicación en los

---

<sup>575</sup> Según el título del Capítulo V de su obra *Regulación: mito y Derecho*, cit., pp. 211 ss., que se sigue fundamentalmente en el texto.

objetivos de la Unión Europea, que vendrían a designar la dinámica, la acción o el obrar, de la Unión en el ámbito económico. Dice así el artículo 3.3 TUE: "La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico". En definitiva, habrá de establecer un mercado, obligación de resultado para la que se dota de las correspondientes competencias y deberá obrar para ello -objetivo o acción finalista- tendiendo a conseguir el desarrollo sostenible, el cual a su vez se basa en la economía social de mercado (como "objetivo dentro del objetivo", dice gráficamente BETANCOR)<sup>576</sup>.

Además, es del mayor interés resaltar que, "en este plano de fundamentos y fines no hay contradicción de ningún tipo entre el reconocimiento-creación del mercado y los indicados valores y fines [dignidad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos]. Al contrario, el mercado como institución social de libertad es expresión de aquellos valores y fines". Y, por lo que hace a la relación con los objetivos, éstos "no son exactamente límites del mercado. (...) La justicia y la protección social, la cohesión y la solidaridad no son límites al mercado, sino componentes del mercado, en tanto que elementos del marco jurídico que lo instituye y regula"<sup>577</sup>.

---

<sup>576</sup> Piedra de toque de esta explicación algo abstracta, añade, es el grado en que se otorgan las distintas competencias: *exclusiva* en el caso del "establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior" [artículo 3.1.b) TFUE]; *compartidas*, en cambio, en materia de mercado interior, de política social, de cohesión económica, social y territorial... [artículo 4.2, apartados a), b) y c) TFUE].

<sup>577</sup> *Ibidem*, pp. 219 y 221. Arranca el autor su explicación diciendo que la historia de Europa, tras la segunda posguerra, es la "de la pacificación del continente mediante el mercado" (p. 218). Aunque acierta al destacar el componente técnico-institucional de la libertad, la expresión recuerda inevitablemente a la de Martin KRIELE para explicar el origen jurídico del Estado [KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. Eugenio Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980]: paz mediante el Estado, "función pacificadora del concepto de Estado" que operó, primero, en el plano interno mediante la noción de soberanía (p. 53); y después en el internacional, con la noción de soberanía externa (p. 81); si bien hoy cabe afirmar que, en el Estado constitucional, no hay soberano (p. 149). La traslación de la idea a la comunidad política de la Unión Europea, basada en la "unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa", resulta, a nuestro juicio, algo desenfocada: paz, en definitiva, mediante la dignidad humana y los derechos y libertades como piezas del Estado de Derecho de los constituyentes (si bien el objetivo juridificado, que institucionaliza tales fines, sea el establecimiento del mercado interior).



La concreción de todo ello, en relación con las cláusulas constitucionales españolas, es la siguiente: "i) la Constitución reconoce las libertades de los constituyentes-ciudadanos, así como las obligaciones del Estado constituido respecto de aquéllos, mientras que ii) los Tratados reconocen el marco institucional y de mercado en el que aquellas libertades pueden desplegarse en el ámbito supranacional"<sup>578</sup>.

A su vez, el sistema de libertades y restricciones sobre el que se asienta la UE responde a un modelo complejo. De un lado, existen las libertades económicas en el mercado-espacio (artículo 26 TFUE: libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales), que encuentran ciertos límites en razón del interés general que se especifica en cada caso, en supuestos de conflicto (las restricciones más amplias se dan en el caso de la libertad de circulación de mercancías: "justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial", según el artículo 36 TFUE).

De otro, la libertad en el mercado-función, en que consiste la libertad para competir y en competencia (artículos 101 ss. TFUE), "consustancial al mercado" –dice BETANCOR–, por cuanto no tendría sentido circular sin poder competir, y que se garantiza a los sujetos con independencia del lugar de la Unión en que desarrollen su actividad. Las limitaciones en razón del interés general tienen en este caso una diferente estructura normativa, puesto que se basan en la prohibición de ciertas conductas: dada la diversidad de ropajes de la competencia, resulta más eficaz identificar las prácticas contrarias a ella.

Quedaría aún un tercer supuesto, o forma de relación entre libertades y restricciones, que sería el representado por las empresas que gestionan servicios de interés general. Aquí "el proceso es justo a la inversa: es la misión de estas empresas la que determina la aplicación de las garantías de la libre competencia. Es una situación anómala que reclama una justificación fuerte. En todo caso (...) se trata de la delimitación del ámbito objetivo de la libre competencia que no es aplicable a las empresas de servicios de interés general

---

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 216.

salvo que sea compatible con su misión [según la regla del artículo 106.2 TFUE<sup>579</sup>]. Estamos ante una suerte de delimitación de dicha libertad en relación con tales empresas”<sup>580</sup>.

En todo caso, la nota distintiva de las reglas europeas sobre libertades es que tratan de institucionalizar o crear mercado: “los Tratados no tienen un singular interés en corregir los fallos del mercado cuanto en establecerlo”; “no son reglas intrusivas, sino constructivas”. En conclusión, “aquel mercado es un ámbito en el que se despliegan libertades económicas espaciales (circulación) y funcionales (competencia) hasta encontrarse con límites o restricciones derivadas de razones cualificadas de interés general”<sup>581</sup>.

Yendo desde aquí a la Constitución económica española, se observa en ambos campos el mismo correlato entre mercado e interés general. Ciertamente que la concreción de éste por el Estado, en la forma de servicio público, tiene una privilegiada expresión en nuestra norma fundamental, a través de la posibilidad del Estado de reservarse sectores y servicios esenciales; cierto, sobre todo, que la cláusula del Estado social implica una opción finalista y neutra,

---

<sup>579</sup> “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”.

<sup>580</sup> Los tres aspectos, o formas de relacionarse las libertades con las limitaciones o delimitación a ellas impuestas en virtud de razones de interés general, son después ampliamente desarrollados por Betancor bajo los expresivos títulos de “discrecionalidad restrictiva del mercado” (la cual no cabe, pues, según una matizadísima jurisprudencia del TJUE, las libertades comunitarias pueden ser limitadas por razones de interés general, pero han de serlo mediante medidas necesarias, proporcionadas, no discriminatorias y regladas: “en ningún caso, estas medidas pueden ser aquéllas que reconocen a la Administración un poder para decidir con libertad, discrecionalmente, sobre la aplicación de las mismas” [cf. BETANCOR, *Regulación*, cit., p. 245 y la STJUE 17 de julio de 2008, *Comisión c. España*, C-207/07, ya citada *supra* en el Capítulo de la CNE, nota 325]); “discrecionalidad a favor del mercado” (u obligación impuesta a los favorecidos de promover la competencia: obligaciones de acceso a la interconexión); y “discrecionalidad contra el mercado” (que reflejaría el peculiar equilibrio de los servicios económicos de interés general).

<sup>581</sup> Cf. *ibidem*, pp. 227, 228 y 226-227, respectivamente. En todo ello, el papel de la Unión es el de garante tanto de las libertades como de las restricciones, sigue diciendo Betancor, “pero también ha de desplegar el papel de corrección que es consustancial al indicado modelo (...) La función de corrección es función de protección de la libre competencia: es fundamentalmente defensa de la competencia”. De estas premisas se podría obtener la conclusión, “de extraordinario calado” como dice el autor, de que la regulación que vaya más allá de una y otra (garantía de las libertades y sus restricciones; defensa de la competencia) no tiene justificación constitucional (cf. p. 227). Aun cuando expone la cuestión en forma interrogativa, parece concluir en la falta de dicha justificación: nótese, con todo, que lo que se dice en este punto es que no existe reconocimiento o justificación “constitucional” expresa en los Tratados —a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede con las libertades y sus restricciones— de una función de regulación. Pero, avanzando lo que se dice en el texto, tal función compete a los Estados, que habrían de desarrollarla en los límites de las libertades económicas consagradas por la Unión Europea.

abierta a las opciones de delimitación política de los objetivos económicos de interés general (artículos 128.2 y 1.1, respectivamente, de la Constitución). Pero, sobre esta neutralización, operan instrumentos jurídicos y reglas de Derecho que imponen formas de ejercicio de este poder por parte del Estado. De una parte, "el Derecho comunitario racionaliza-regula el ejercicio de este poder en manos del Estado entregado mediante la neutralización llevada a cabo por la Constitución". De otra -este aspecto se subrayará después con más fuerza-, hay un elemento esencial en último término: "las libertades económicas en todas sus dimensiones, incluida la libertad de empresa y su correlato: la libertad de y para competir". Tanto en el ámbito europeo como en el español, las libertades económicas "sólo pueden ser restringidas si hay una causa de necesidad (razón de interés general admitida constitucionalmente) y la restricción es la necesaria y la proporcional"<sup>582</sup>.

Por último, explica el autor que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de empresa ha sufrido una evolución, que podríamos resumir en el tránsito de la garantía institucional al control de la proporcionalidad:

"Tiene su lógica, afirma BETANCOR. Usualmente, el Tribunal ha de controlar la legitimidad constitucional de límites a la libertad de empresa, en lugar de leyes que regulan con carácter general su contenido. Al final, lo más usual (y práctico) es determinar la proporcionalidad de las medidas restrictivas que sufre la libertad de empresa que fijar el contenido esencial de la misma. Se ha pasado de la fase de los principios a la fase jurídica del control (jurídico) de las restricciones (jurídicas) de las libertades económicas. No basta reclamar que la intervención está basada en la defensa o el fomento de la competencia. No basta alegar unas u otras banderas del interés general. Lo único relevante es el control de las restricciones para confirmar que es la proporcionada. Ésta es la cuestión clave hoy. (...) Hemos pasado de admitir genéricamente las limitaciones a las libertades, en particular las económicas, por un prejuicio ideológico y político, a considerar que estas limitaciones deben estar sometidas a controles. (...) Una cuestión que aporta una importante enseñanza cuando se trata de la regulación: la neutralidad respecto del mercado no es una bandera de interés general que pueda ondearse para justificarla y, por consiguiente, reducir o eliminar el control. La regulación pro-mercado es tan

---

<sup>582</sup> Cf. *ibidem*, p. 295.

limitadora o intervencionista como la regulación anti-mercado y debe ser igualmente controlada porque, además, está jurídicamente limitada”<sup>583</sup>.

De esta conclusión nos interesa subrayar una doble nota, que enlaza ya con la última construcción teórica a la que nos referíamos y que explica, a nuestro modo de ver, de forma acabada la relación entre la libertad pública de empresa y la función de regulación entendida de modo amplio como intervención en la actividad económica:

- De un lado, se dice que el enfoque jurisprudencial del Tribunal Constitucional se interesa más por los límites a la libertad de empresa que por la depuración de leyes que regulan con carácter general su contenido. Lo que no deja de ser, en primer término, natural a toda función jurisdiccional que opera caso por caso. Y lo que muestra, además, que un enfoque general del segundo tipo desfiguraría el problema hasta hacerlo irreconocible, pues –como señalara ya RUBIO LLORENTE– “no son normas reguladoras de la libertad de empresa aquellas que sustraen de la iniciativa privada determinados sectores de actividad del mismo modo que no suelen considerarse regulación del derecho de propiedad privada aquellas que definen los bienes de dominio público”<sup>584</sup>.

---

<sup>583</sup> Como dice el propio BETANCOR, es la cuestión clave de la regulación o una de ellas, lo que justifica la extensión de la cita. Entronca, por lo demás, con la tesis central de la obra *Regulación: mito y Derecho*, anunciada ya en la Introducción: “el mercado no es un talismán que se pueda blandir contra el Estado. Esta estrategia conduce, en Estados como el nuestro, precisamente a lo contrario: justificar la intervención mediante el subterfugio ofrecido por la regulación pro-mercado en manos de reguladores independientes. Esto es lo que hay que evitar” (pp. 29-30).

Se destaca, además, que para ello sirve el Derecho, hasta con una reiteración semántica seguramente pensada para producir este efecto: “de la fase de los principios a la fase *jurídica* del control (*jurídico*) de las restricciones (*jurídicas*) de las libertades económicas”. Si se extrapolara la idea, partiendo de la evolución de la jurisprudencia del TC sobre la que después se vuelve en el texto, podría también decirse que se produce aquí el paso de una jurisprudencia de conceptos a otra de intereses.

<sup>584</sup> RUBIO LLORENTE, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, en VVAA, *Estudios en homenaje a A. Menéndez*, Madrid, 1995, I, p. 440.

Expresivo contraste que no hace sino subrayar lo que otro autor, también especialmente autorizado para apreciarlo (si hablamos de quienes contribuyeron, entre otros, a perfilar la noción de “contenido esencial” de los derechos fundamentales en las SSTC 11/1981, de 8 de abril y 37/1987, de 26 de marzo y el concepto de “garantía institucional” en las SSTC 32/81, de 28 de julio, 12/1982, de 31 de marzo y 83/1984, de 24 de julio), observa justamente en materia de propiedad, contraponiendo en este caso limitaciones expropiatorias –y aun delimitación de un entero estatuto de la propiedad– con desfiguración del contenido esencial de un derecho en su conjunto –como la que tendría lugar si la propiedad privada se configurase enteramente sin respetar las notas de su reconocimiento dogmático ni de su significación social, como enfiteusis o servidumbre administrativa, por ejemplo–: cf. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II., Civitas, Madrid.

- Se afirma, por otro, una evolución en la jurisprudencia constitucional que cabe observar en otros sectores, no exentos de algún paralelo (garantía institucional de la autonomía local<sup>585</sup>) y que, como adelantábamos, conduce derechamente a la tercera construcción dogmática que queríamos destacar, la cual –en línea con la decantación en el tiempo de la jurisprudencia del TC- estima que el juicio de proporcionalidad sirve mejor hoy para resolver los problemas planteados en torno a los límites de la libertad de empresa.

---

<sup>585</sup> VELASCO CABALLERO también ha observado un desplazamiento en la jurisprudencia del TC sobre el sentido de la garantía institucional de la autonomía local, desde la primera jurisprudencia (STC 32/1981, citada) que la empleó en su primigenio sentido de defensa de la imagen social de una institución mediante la aplicación de un juicio de reconocibilidad, hasta toda una línea jurisprudencial posterior (SSTC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 9; 213/1988, de 11 de noviembre, FJ 2; 51/2004, de 13 de abril, FJ 9 y 83/2005, de 7 de abril, FJ 7) en la que el recurso a la noción de garantía institucional del artículo 137 de la Constitución trata más bien de preservar el “contenido esencial” o un “mínimo” de autonomía local. Por ello, propone el citado autor una revisión del concepto que suponga un acercamiento al sentido que de hecho le otorga el alto tribunal: en la mayoría de los casos, “el Tribunal Constitucional no realiza un juicio de reconocibilidad de la ‘institución’ autonomía municipal: deduce de aquella garantía abstracta un estándar concreto”. En definitiva, “la autonomía municipal que garantiza la Constitución presenta hoy un contenido dual: de un lado, se garantiza, inmediata y directamente, a cada municipio, un ‘mínimo’ de autonomía (...). Junto a esta garantía mínima, directa y subjetiva, los artículos 137 y 140 contienen un ‘principio de autonomía municipal’ (...) [esto es] imponen también un mandato a todos los poderes públicos para que, cada uno en su ámbito de poder propio, desarrolle, favorezca o promueva al máximo de la posible la autonomía local” [cf. VELASCO CABALLERO, F., “La autonomía municipal”, en *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario, cit.*, p. 2104-2117; las citas del texto en p. 2107].

Puede hablarse de una tendencia general en el Derecho administrativo económico, observable también en clave ambiental. Frente a los intentos de definir un nivel de preservación de los recursos naturales en las leyes, se acude al juicio de proporcionalidad (SSTC 64/1982, de 4 de noviembre y 66/1991, de 22 de marzo, a las que alude Betancor en *Regulación, cit.*, p. 309).

Sin insistir en una idea que nos llevaría inevitablemente más lejos, cf. SARMIENTO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, especialmente pp. 105 ss. En particular, es lúcido el análisis de este último cuando se refiere, sistematizando intuiciones de otros autores, a la indebida o excesiva “constitucionalización” del Derecho ordinario, lo que en el fondo significa que la exigencia de ponderación puede llevar a desplazar los equilibrios en el esquema de distribución de poderes, singularmente en lo que se refiere a la posición del legislador y del juez ordinario (cf. *ibidem*, pp. 153 ss.): hace suyo este autor –y nosotros también- el aserto de PRIETO SANCHÍS que resume de forma maestra el perfil del constitucionalismo y del iuspublicismo contemporáneo: “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador, y más Constitución que ley” (cf. PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998, p. 35).

Lo que, por nuestra parte, trataremos de explicar en el próximo Capítulo en la perspectiva de la aplicación de las fuentes del Derecho. Tiene algo de paradoja que, en el cada vez más ordenancista Derecho español y europeo, se vuelva a criterios judicialistas de aplicación. Pero la parte grande de verdad que explica aquélla es que, precisamente por la maraña de normas de diverso rango, fuerza y fecha, se imponga en la práctica como único camino el “retorno jurisdiccional a lo abstracto” que decía VILLAR PALASÍ (*Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad Complutense de Madrid, 1968; cf. más abajo en detalle Capítulo XIII, apartado I).

En el trabajo ya citado anteriormente, PAZ-ARES y ALFARO ÁGUILA-REAL afrontan la cuestión de Estado y mercado en la Constitución desde el punto de vista de la dogmática de los derechos fundamentales, poniendo bien la relación entre reglas de la UE y Constitución económica interna para resolver los eventuales conflictos.

Sirva como premisa que los autores mencionados, desde la perspectiva estrictamente mercantil de la libertad de empresa como núcleo de la Constitución económica, entienden que aquélla tiene por función específica “garantizar la independencia o autonomía de los ciudadanos permitiéndoles ‘ganarse la vida’ y desplegar su potencial creativo en el ámbito económico de forma autónoma respecto del Estado y hacerlo *de la forma menos regulada posible*”<sup>586</sup>. No se trata en este caso, por seguir con la retórica empleada, de prejuicio sino de discurso sobre control de los límites a una libertad, según la tesis que pasa a resumirse.

“Las libertades que, como la de empresa, se ejercitan en el mercado requieren que el Estado constituya al mercado, es decir, produzca las instituciones que permiten afirmar que una economía es una ‘economía de mercado’, tal como reza el artículo 38 CE. (...) Lo verdaderamente peculiar del derecho a la libertad de empresa es que el Estado, a través del reconocimiento constitucional de la ‘iniciativa pública en la economía’, se convierte en competidor de los particulares (128 CE), lo que obliga a determinar, no sólo si la injerencia estatal que adopta la forma de regulación (prohibiciones, imposición de obligaciones, limitaciones, etc.) constituyen restricciones administrativas de la libertad de empresa, sino también, si la presencia del Estado como competidor de los particulares en el ejercicio de una actividad económica constituye una injerencia legitimada por el reconocimiento de la iniciativa económica pública o, por el contrario, constituye una limitación censurable desde el punto de vista del derecho fundamental de los particulares (...)”.

Pues bien, a este respecto, tres son las ideas básicas de la Constitución, según estos autores: i) la Constitución defiende al legislador la decisión de “cuánto mercado” debe existir en la economía española; ii) la participación del Estado como empresario

---

<sup>586</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentario al artículo 38”, en *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario, cit.*, p. 981 [cursiva nuestra].

es plenamente legítima; iii) la economía española habrá de funcionar, en general, de acuerdo con las reglas de la economía de mercado y, por tanto, con respeto a las libertades económicas tanto objetivas como geográficamente en todo el territorio nacional (artículos 38 y 139.2 CE). Respecto al segundo punto, lo esencial –además de subrayar que sólo los particulares son titulares de derechos fundamentales y que el Estado está vinculado al respeto de aquéllos– es que “la simple colocación en el texto constitucional de unas y otras normas [38 y 128.2 CE] define claramente la preeminencia de las libertades económicas sobre la intervención estatal”, de forma que se predica respecto de las primeras, en cuanto derechos fundamentales, el mandato a los poderes públicos de optimización o de vigencia, “dentro de las constricciones que imponen los restantes derechos fundamentales y (...) los intereses generales”<sup>587</sup>.

Partiendo de aquí, el Tribunal Constitucional ha admitido una amplia libertad al legislador para concretar la reserva al sector público de recursos o servicios, con el solo límite de la garantía institucional (STC 84/1993, FJ 2: “no cuesta admitir que sería incompatible con tal garantía constitucional la genérica y absoluta exclusión legal de tal libertad empresarial -movida por la búsqueda del beneficio- en todo un determinado ámbito de la actividad económica, de no venir dada tal exclusión por lo dispuesto en el segundo inciso del art. 128.2 CE o en atención a la previa caracterización como ilícito del tráfico o actividad en cuestión”).

En cambio, ha acudido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la referencia al interés general, e indirectamente a la esencialidad de los recursos, para enjuiciar las decisiones estatales de monopolizar ciertos mercados: “las libertades fundamentales del Tratado –como lo exponen PAZ-ARES y ALFARO– obligan al Estado a permitir que empresarios de otros Estados puedan acceder al mercado nacional por lo que la decisión estatal de monopolizar un mercado constituye una medida equivalente a una restricción de la libre circulación de mercancías, establecimiento o prestación de servicios”, que sólo será válida en virtud de las razones de interés general presentes en los propios Tratados. *“Esta jurisprudencia concreta, pues, el artículo 128.2 CE en cuanto que los ‘intereses generales’ que puede alegar el Estado para monopolizar una actividad*

---

<sup>587</sup> Cf. *ibidem*, páginas 987-988.

*que, en principio, puede desarrollarse en régimen de libre competencia serán los recogidos en el Tratado y la monopolización quedará sometida al juicio de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto al que queda sometida cualquier limitación de la libertad de empresa*<sup>588</sup>.

Para finalizar este razonamiento, parten los autores de la superación del principio "quien puede lo más, puede lo menos" en esta materia: en efecto, "no puede argumentarse la legitimidad de una limitación de la libertad de empresa afirmando que si el Estado podía haberse reservado esa actividad legítimamente, bien puede limitar su libre ejercicio". En primer término, nos permitimos añadir como consideración previa, porque el mencionado principio no rige en el campo de los derechos fundamentales. Los argumentos que aducen PAZ-ARES y ALFARO son, además, los siguientes: i) porque, de aceptarse tal forma de razonar, se estaría liberando al Estado de la obligación de justificar en cada caso la injerencia en un derecho fundamental (aquí es donde se trae a colación la cita de RUBIO antes transcrita, porque la cuestión no tiene que ver, en principio, con la definición de una categoría de actividades como de servicio público; la cual hace posible el artículo 345 TFUE [antiguo 295 TCE], al establecer que "los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros"); ii) dicha justificación es necesaria, justamente porque no estamos en estos supuestos ante colisiones de derechos fundamentales entre particulares, sino ante la intromisión del Estado en uno de aquéllos; iii) aun en aquellos campos –servicios económicos de interés general– donde se permiten relativizaciones a las normas de competencia para ciertas empresas (artículo 106 TFUE [antiguo 86 TCE]), tales excepciones lo serán sólo "en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada".

Ello significa –concluyen estos autores– que, "al someter a las empresas que ostentan derechos especiales o exclusivos otorgados por el Estado a las normas sobre competencia contenidas en los Tratados, si el Estado está presente en un mercado concreto en ambas formas (como regulador/supervisor y como competidor), 'un organismo estatal con poderes reguladores respecto de un mercado

---

<sup>588</sup> Cf. *ibidem*, p. 989 [cursiva nuestra].



determinado debería ser independiente de cualquier empresa que opere en dicho mercado' de manera que se evite la posibilidad de que incurra en conflicto de intereses" (con cita de las Conclusiones del Abogado General Jacobs en la STJCE de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz*, asunto C-475/1999, núm. 80). Conclusión que es "perfectamente trasladable a la interpretación conjunta de los artículos 128 y 38 de la Constitución", de modo que las justificaciones de interés general que pueda aducir el Estado para reservarse un servicio decaen cuando aquél no está en condiciones de prestar el servicio con garantías de calidad suficientes<sup>589</sup>.

El razonamiento anterior confluye, en fin, con las posturas antes descritas –en especial, con la opinión sostenida por BETANCOR– en el sentido de que resulta hoy esencial el control de la proporcionalidad, a la hora de valorar las concretas afectaciones de la libertad de empresa en que puede consistir la función de regulación. Así, se parte de que la perspectiva idónea es la del contenido esencial de aquel derecho y no tanto la de la preservación de su imagen institucional<sup>590</sup>. Y a estos efectos, se recuerda con detalle la triple exigencia que dicho control conlleva, relativa al juicio o condición de adecuación ("evaluación comparativa entre medios y fines"), de necesidad ("evaluación comparativa entre medios") y de proporcionalidad en sentido estricto ("evaluación comparativa entre fines: una medida es proporcionada sólo cuando el fin perseguido con la restricción es más valioso constitucionalmente que el fin sacrificado, que es el protegido por la libertad de empresa")<sup>591</sup>.

---

<sup>589</sup> Cf. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Comentario al artículo 38", en *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario, cit.*, pp. 989-990.

<sup>590</sup> Y ello porque el mecanismo de la garantía institucional es útil "cuando se trata de controlar las regulaciones generales. En este sentido, la garantía de mercado establecida en el artículo 38 CE impide al Estado eliminar el mercado como mecanismo de asignación de los recursos sin que se cumplan los presupuestos del artículo 128 CE. Pero cuando se trata de determinar si una actuación de los poderes públicos limita indebidamente la libertad de inicio y desarrollo de una actividad económica por un particular, la consideración de la libertad de empresa como una garantía institucional llevaría a legitimar *a priori* cualquier injerencia del Estado en la medida en que no fuese suficientemente potente como para poner en riesgo la existencia o la imagen del instituto (STC 37/1981, de 16 de noviembre; 46/1983, de 27 de mayo; y 118/1993, de 13 de diciembre)" (*Ibidem*, pp. 991-992).

<sup>591</sup> Cf. *Ibidem*, pp. 993 y ss y lo dicho *supra*, nota 561. Forma de control de las medidas de intervención administrativas que se ha positivizado hoy, como principio, en el artículo 39 bis de la LRJAP: "Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias".

## II. Aproximación histórica y fundamento ideológico de la regulación

### A. Las diferencias entre los EEUU y Europa

Baste, para comenzar, partir de la noción de regulación como “función administrativa de intervención de la actividad económica privada” (o bien, “actividad del Estado que supone una intervención en la actividad económica”)<sup>592</sup>. Podría servir también un concepto algo más perfilado, como el de “control prolongado y localizado, ejercido por una agencia pública, sobre una actividad a la que una comunidad atribuye relevancia social”, ofrecido por el sociólogo americano SELZNICK y del que arranca MUÑOZ MACHADO para definir las notas características de la actividad de regulación<sup>593</sup>.

Sin embargo, de modo inmediato se ha de aludir a las diferencias de una actividad de este tipo en los EEUU de Norteamérica y en Europa, donde se parte de bases sustancialmente diversas, al menos en tres planos: el de la legalidad, o punto de partida, en que se basa esta intervención; el de la presencia o no del Estado como un operador o prestador más de los servicios sometidos a intervención; y el de la existencia o inexistencia de una forma de Administración característica –por agencias– para el desarrollo de dicha función.

En los EEUU, la evolución de la regulación comprende como se vio dos grandes etapas: la del reconocimiento de la intervención pública de la economía en el ámbito federal (con la creación de la ICC en 1887) y otra de la *regulation* propiamente dicha, a partir del *New Deal* y, en especial, desde la etapa de madurez del Derecho Administrativo con la extensión de la regulación económica y social como parte de la estructura constitucional norteamericana. BETANCOR ha notado con acierto que pueden aplicarse, respectivamente, a estas dos grandes fases los apartados en los que William BLACKSTONE trazó la división fundamental del Derecho anglosajón en sus *Commentaries*

---

<sup>592</sup> Ambas definiciones aproximativas en BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Regulación*, cit., p. 31.

<sup>593</sup> MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, cit., p. 111. La definición se toma de SELZNICK, Ph., “Focusing organisation research on regulation”, en el libro de NOLL, R. G., *Regulatory Policy and the social sciences*, University of California Press, Berkeley, 1985.

on the Laws of England: el sistema del *Common Law* y el *Statute Law*<sup>594</sup>.

Bajo el primero, "el conflicto entre el derecho y la conveniencia social y política debía encontrar una solución jurídica que, además, fuese coherente con el conjunto de un sistema anclado esencialmente en la libertad de los ciudadanos. Éste era el sistema jurídico del denominado *Common Law* y, además, era el sistema jurídico de un Estado organizado federalmente. Éstos eran los dos principales rasgos del sistema jurídico en el que se alumbraron los mecanismos del control público de ciertas actividades económicas o, mejor, del ejercicio de las libertades económicas de los ciudadanos". El rasgo de la organización federal impedía en sus comienzos "que la Federación pudiera contar con competencias que le permitiesen dispensar algún tipo de control sobre las actividades económicas" (en razón de los estrechos límites impuestos por la *Commerce Clause*); mientras que los Estados contaban con la competencia para regular estas actividades, reconocida de forma residual en la Décima Enmienda. Por su parte, el *Common Law* –como Derecho judicial/consuetudinario derivado de la razón del pueblo y pensado para garantizar los derechos de éste– no servía para afrontar los graves problemas que se iban presentando (vg. los precios abusivos y discriminatorios), aunque sí otorgaba a los Estados algunos elementos que les permitieron ciertas posibilidades de control de las actividades económicas: el *police power*, desconectado de cualquier soporte físico, y la institución del contrato que permitía la explotación de las vías públicas para ciertos usos (*contract franchise*, en virtud del cual los municipios concedían o permitían el uso de las *public utilities* – alumbrado, electricidad–, reteniendo el poder de establecer las condiciones relativas al precio y a la calidad del servicio).

Tras el paso de la *regulation by contract* municipal a la *regulation by Commission* en el nivel estatal, y agotadas las posibilidades de intervención en este último plano<sup>595</sup>, la creación de la ICC en 1887 significó el "origen formal" de la *regulation* en el ámbito federal, según opinión generalizada<sup>596</sup>; si bien "la ICC supuso, en

---

<sup>594</sup> Cf. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Regulación*, cit., pp. 141 ss.

<sup>595</sup> Sentencias *Munn v. Illinois* [94 US 113 (1877)] y, sobre todo, *Wabash, St Louis & Pacific Railway v. Illinois* [118 US 557 (1886)].

<sup>596</sup> Que BETANCOR matiza diciendo que, con anterioridad, existían ya ciertas posibilidades de intervención pública (cf. *Regulación*, cit., p. 152 y nota 13) y, sobre todo, que *después*, bajo el *Statute*

realidad, la consagración, por primera vez, del *police power* tradicional” en dicho ámbito. “Una vez alcanzada esta meta, este *police power* en manos federales no pudo avanzar para profundizar la intensidad y los ámbitos del control federal. (...) Tenía pleno sentido en el contexto del denominado *Common Law* pero una vez alcanzado el cénit federal, era inevitable el conflicto cuando el Estado federal se vio abocado a asumir nuevas tareas como consecuencia de la crisis económica y social de 1929. No era posible usar el Derecho de las relaciones inter-personales de raíz patrimonial para la ordenación de las actividades colectivas para satisfacer objetivos de interés general igualmente colectivos”<sup>597</sup>.

De modo que, dice BETANCOR, a diferencia de lo que sostiene la visión mítica o mitológica de la regulación (que ésta nace “como nueva función pública de corrección de los fallos de mercado [...] a fines del siglo XIX en Estados Unidos”), ha de afirmarse que nace en esta etapa algo más modesto, pero también más importante: la intervención pública de la economía en el ámbito federal<sup>598</sup>.

Y “por esta razón –añade–, resulta sorprendente que podamos comparar la evolución de Estados Unidos y de Europa cuando su punto de partida es distinto. En el caso norteamericano, el punto de partida fue la libertad y la abstención del Estado hasta llegar a la denominada *regulation*. En cambio, en Europa, en especial en España, la libertad es un dudoso punto de partida por la importancia que siempre se ha reconocido en nuestro sistema a la prestación pública de ciertos servicios (como ha demostrado Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, 2006, tomo I, pp. 876 ss.). La libertad de empresa y de comercio ha sido dudosamente reconocida y aún más dudosamente ha sido real y efectiva. En cualquier caso, el servicio público fue el punto de partida. A partir de aquí la evolución ha sido hacia la liberalización, hacia la extinción del servicio público y el reconocimiento efectivo de la libertad. En cambio, en Estados Unidos fue desde la libertad a la regulación. Es paradójico que ahora en Europa se pretenda llegar al mismo punto que en Estados Unidos en 1887 o durante los años 30.

---

*Law del New Deal*, será cuando el término alcance su significado preciso (*vid.* lo que se dice seguidamente en el texto).

<sup>597</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>598</sup> Cf. *Ibidem*, pp. 135.136.

Precisamente, cuando ellos están, a su vez, evolucionando en otra dirección de más libertad”<sup>599</sup>.

Una segunda diferencia de calado es la que se refiere a la presencia de autoridades públicas como competidores en los mercados objeto de regulación.

En efecto, la obligación de separación de los reguladores y de los operadores en el Derecho de la Unión Europea “es inencontrable – como dice gráficamente Muñoz Machado– en la experiencia norteamericana de la regulación económica. Los organismos reguladores siempre han sido, desde que empezaron a desarrollarse, completamente independientes de los operadores económicos. En primer lugar existieron las empresas y luego se produjo la intervención pública en su actividad cuando concurrían razones de interés general. En Europa continental lo característico ha sido que las actividades de prestación, ahora liberalizadas, correspondieran en algún momento, en régimen de monopolio o en el marco de una fuerte intervención, a las Administraciones públicas. Por consiguiente, al privatizarse y liberalizarse los mercados, se planteó la cuestión de sustituir la definición de los intereses generales a través de la gestión por su aseguramiento y garantía a través de la regulación. Pero el regulador, a diferencia de la experiencia norteamericana, había sido

---

<sup>599</sup> *Ibidem*, pp. 138-139. La paradoja tiene raíces y diversificaciones más complejas, como describe el autor en otro sitio: “En el caso europeo, el instrumento central fue el servicio público, mientras que en el caso norteamericano fue la denominada regulación. El Estado intervencionista europeo fue un Estado de los servicios públicos; en cambio, el equivalente en Estados Unidos fue el Estado regulador. En este país, a diferencia de Europa, ha sido muy extraño el fenómeno de la propiedad pública de empresas, tal vez la única excepción relevante sea la *Tennessee Valley Authority* (...). En cambio, es frecuente que la propiedad (que sigue siendo privada) y ciertas industrias o actividades económicas (también privadas) estén sometidas a la supervisión de las autoridades especializadas (...).

Cuando sobreviene la crisis del servicio público, la crisis del Estado intervencionista europeo, los ojos se volvieron hacia Estados Unidos. Se redescubrió el mercado por los ojos americanos, pero también los de la regulación como mecanismo de control público de las actividades privadas. Su recepción jurídica se llevó a cabo, como se argumentará más adelante, a través del filtro de las teorías económicas de la regulación (...).

A partir de los años 90 del siglo pasado, en Europa se comenzó a hablar del Estado regulador (ARIÑO, 1993; MAJONE, 1996; LA SPINA & MAJONE, 2000) [...] Entre los iusadministrativistas debemos destacar a ARIÑO ORTIZ (*Economía y Estado*, 1993). A pesar del tiempo transcurrido, sus argumentos siguen sosteniendo las tesis más modernas sobre la regulación (...) El punto de partida de la reflexión de ARIÑO es la crisis del Estado social (...) Se produce así el ‘*paso del Estado titular exclusivo de actividades económicas al Estado regulador, en defensa del mercado*’, lo que junto al ‘*paso del Estado productor al Estado financiero*’ constituyen las dos más importantes ‘rectificaciones’ que el Estado debe llevar a cabo en sus formas de actuación [ARIÑO, *Economía y Estado*, pp. 60-61]” (cf. BETANCOR, *Regulación, cit.*, pp. 54-57).

En relación con todo ello, cf. también MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998, tomo I: “Los fundamentos” y ROLDÁN MARTÍN, A., “Los nuevos contornos del servicio público”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XII (2000), Consejo General del Poder Judicial, pp. 15-56.

inmediatamente antes también el titular de las empresas o el proveedor de los servicios. En algunos casos la conexión entre el regulador y el proveedor se mantuvo al iniciarse el proceso de liberalización, de aquí que se planteara la cuestión de la compatibilidad de esta situación con la competencia y la apertura de los mercados. La regla general que se ha implantado –concluye– es que la función de regulación, ejercida en los servicios públicos tradicionales por la propia Administración titular del servicio, se separe de la función de gestión del servicio, empresa o actividad”<sup>600</sup>.

La tercera diferencia que se puede encontrar, en el surgimiento de la llamada función de regulación a uno y otro lado del Atlántico, es la relativa a la vertiente institucional o “micro-explicación”, empleando los términos propuestos por BETANCOR. Este autor arranca, como ya nos consta, de la necesidad de superar una visión que llama mitológica de la regulación y señala que la primera fase de ese acercamiento mítico (o prejuicio) pasa por la consideración del Estado neutral como mínimo, en el sentido de que sólo intervendría ante fallos del mercado. Lo erróneo de esta explicación –pues la intervención administrativa es parte del entramado constitucional que tiene como marco la economía de mercado–, afirma, hace volver los ojos “a lo único que queda: los entes reguladores independientes. Si falla la macro-explicación (Estado regulador y función reguladora) siempre nos queda la micro-explicación, las autoridades que dentro del Estado se han de encargar la regulación: las Administraciones independientes (...) Sin embargo, tampoco aquí tiene fundamento esta visión mítica. No sólo porque los hechos demuestran que la independencia ha servido para ocultar, en los momentos políticamente más relevantes, la intervención política, la politización más descarnada, sino porque la actividad que despliegan no se diferencia en términos jurídicos de lo que hace la Administración pública en otros ámbitos”<sup>601</sup>.

---

<sup>600</sup> Cf. MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, *cit.*, p. 133. Ya antes se ha dicho que esta obligación de separación es una regla más a favor de la independencia de los organismos reguladores, como hacían notar PAZ-ARES y ALFARO respecto de las empresas que desarrollan misiones públicas, con cita del Derecho de la Unión Europea: “un organismo estatal con poderes reguladores respecto de un mercado determinado debería ser independiente de cualquier empresa que opere en dicho mercado” (Conclusiones del Abogado General en la STJCE de 25 de octubre de 2001, asunto C-475/1999) y Decisión de la Comisión Europea en el caso *Lignito griego* de 5 de marzo de 2008.

<sup>601</sup> Betancor Rodríguez, A., *Regulación*, *cit.*, p. 29.

Si la actividad de regulación no consta de un rasgo que la singularice por sí misma (es intervención, que comenzó en los EEUU cuando Europa avanzaba ya por las sendas del servicio público), tampoco los entes públicos competentes para desarrollarla se mueven en coordenadas jurídicas diversas a aquellas que delimitan la actividad de la Administración (son, por ello, *Administraciones* y se someten a sus controles y principios de actuación; han de ser, eso sí, *independientes* en dicha actuación, como lo demandan a un tiempo su mismo origen histórico en Europa y las reglas vigentes para el funcionamiento de la economía de mercado).

Con todo, esta última caracterización como Administraciones o agencias independientes, que en los Derechos europeos ha hecho correr ríos de tinta sobre su encaje constitucional (en especial respecto del poder de dirección del Gobierno), no supuso novedad alguna en los EEUU de Norteamérica, pues allí fue desde el comienzo la forma normal de administración la Administración por agencias. Como ya se vio en el Capítulo II, así lo han subrayado entre nosotros tanto GARCÍA DE ENTERRÍA (el sistema administrativo norteamericano “no se consolidará por la vía de una superación de esos dogmas, especialmente el de la separación y aislamiento de poderes, dogmas profundamente anclados en sus convicciones de base (...), sino por una vía peculiar: la creación de instituciones especializadas en las que se intenta excluir el poder crudamente político del Presidente y remitir su funcionamiento a criterios estrictamente técnicos y objetivos”)<sup>602</sup>, como, de forma aún más general, SÁNCHEZ ANDRÉS: “la Administración por Agencias es una peculiaridad característica del sistema norteamericano dada la intransferibilidad de los poderes ejecutivos que el Presidente disfruta por delegación”, hasta el punto de que en Estados Unidos “puede decirse que esa es (...) en buena medida la técnica de administración ordinaria”<sup>603</sup>.

## **B. La justificación económica de la regulación**

En un trabajo distinto al que se acaba de citar, sobre el sentido general de la regulación, afirma SÁNCHEZ ANDRÉS que el carácter

---

<sup>602</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*; Madrid, 1996, pp. 176-177.

<sup>603</sup> SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Aproximación al sistema de agencias independientes”, en *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores* (ed. a cargo de J.C. Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez), Civitas, Madrid, 2008, p. 614.

regulado viene a ser como un rasgo distintivo de los mercados financieros (aunque sus observaciones se limitan a estos últimos, las conclusiones a las que llega pueden extenderse ampliamente a la actividad de regulación desarrollada por las Administraciones independientes). Dice así que los mercados financieros “han sido siempre, o al menos por regla general, ‘mercados regulados’; (...) los más representativos entre todos ellos –añade– han sido también, desde su mismo origen, mercados dotados suplementariamente de lo que se ha calificado de modo muy preciso como un *ordenamiento estable*”, de modo que su regulación actual aparece como una comunidad de sentido “tanto en el plano económico como en el jurídico”, pudiendo hablarse de una unidad institucional<sup>604</sup>.

Se comprende sin dificultad, sigue razonando el citado autor, que en atención a los principios sobre los que se asientan estos mercados (protección del inversor, preservación y fomento de la competencia, tratamiento de la información que evite los riesgos de fraude y los costes de transacción), el recurso a la regulación “tienda a considerarse corrientemente como una solución adecuada, en la medida en que dicho mecanismo resulte capaz de eliminar o reducir semejantes inconvenientes. Sobre todo porque la utopía contraria (...) adolece de una notable falta de realismo”. El concepto de mercado que es preciso recuperar “resume también los factores que determinaron históricamente la aparición de ‘cambios’ (*exchanges*), como reunión de tratantes e intermediarios profesionales que hoy podríamos designar perfectamente con el nombre de *mercados regulados*, por oposición al modelo ideal de un intercambio multilateral y exento de reglas jurídicas (*market*), que nunca se ha manifestado ni podrá existir con semejante pureza en la vida real (...)”<sup>605</sup>.

El mercado se presenta, así, a la vez como instancia de protección y como bien jurídico protegido; y, en este sentido, no se trata de un hecho mostrenco o natural, sino de una institución incapaz de nacer sin ayuda del Derecho ni de existir sin el reconocimiento de otros presupuestos igualmente institucionales (tales como el reconocimiento de la propiedad privada y la libertad de empresa, del contrato y de la libertad de asociación, y de una

---

<sup>604</sup> Cf. SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Doctrina general de la regulación”, en *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores*, cit., pp. 60-61.

<sup>605</sup> *Ibidem*, pp. 62-63.



protección judicial efectiva de esos mismos derechos y de sus facultades conexas).

Resulta, por ello, que la regulación pública aparece en buena medida como necesaria y que, desde el punto de vista de las construcciones teóricas, ello permite despejar una primera equivocación que se podría resumir sucintamente –señala SÁNCHEZ ANDRÉS, acudiendo de nuevo a la idea mitológica- “en el mito de la ‘Edad de Oro’, es decir, de un tiempo feliz y exento de reglas imperativas en el que la autonomía contractual primero (...), el *laissez faire* a continuación y la *free enterprise*, definitivamente, se encargaban de asegurar el funcionamiento espontáneo de la vida económica y social, generando de paso progreso y desarrollo”. El inventor de tal visión, como gusta de repetir el autor en diversos lugares, no fue Adam Smith, sino A. R. J. Turgot, a juicio del cual “lo que debe hacer la política es, pues, abandonarse al curso de la naturaleza y al curso del comercio (...) sin pretender dirigirlo, porque para dirigirlo sin estropearlo y dañarlo, sería preciso seguir todas las variaciones de las necesidades, de los intereses y de la industria de los hombres; sería preciso conocerlos con un detalle que es físicamente imposible de conseguir y acerca del cual el gobierno más capaz, el más activo, el más minucioso siempre correrá el riesgo de equivocarse en la mitad por lo menos”.

Ni siquiera la célebre noción de la mano invisible de Adam Smith puede considerarse equivalente a dicha noción de *laissez faire*, no sólo por lo coetáneo de las obras y el diferente marco constitucional, sino por la destacada importancia que el padre de la economía moderna concedía a la *Jurisprudence* o ciencia del gobierno civil como cabecera de todas las ciencias sociales. Sería más cierto decir, pues, como ha hecho L. C. Robbins, “que ese papel de la mano invisible (...) lo cumplen otras instancias políticas y, en concreto, *the hand of the lawgiver*, como encargada de descartar de la esfera de esas preferencias individuales *those possibilities which do not harmonize with the public good*”<sup>606</sup>.

---

<sup>606</sup> Cf ampliamente SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Doctrina general de la regulación”, cit., pp. 59 (nota 6, sobre la obra de Turgot) y 108-112, donde cita las diversas obras mencionadas en el texto [cursiva en el original]; en especial la *Lettre au Contrôleur General* de TURGOT, 1773 (en el tomo XXX de G. SCHELLE, *Oeuvres de Turgot*, París, 1919) y la obra de ROBBINS, Lionel C., *The theory of Economic Policy in English Classical Political Economy*, Londres, 1952.

Las ideas anteriores conectan de forma clara con los presupuestos ideológicos y de teoría económica que se encuentran en el fondo de la visión actual de la regulación. Partiendo de que el mercado necesita del Derecho y éste del mercado –algo que hoy se da como axiomático<sup>607</sup>–, las corrientes de las que nace esta concepción se encuentran en el liberalismo, si bien éste hunde sus raíces en la fisiocracia (así lo recuerda también BETANCOR, quien prefiere traer a colación la obra de Quesnay y su preferencia por una “ley natural según la cual el buen funcionamiento del sistema económico estaría asegurado sin la intervención del Gobierno, sin la intervención de la policía”). Esto supone ya, sin embargo, una importante desviación del estado de cosas del siglo XVIII, cuando se aceptaba que la Ciencia de la Policía tenía una importante función que cumplir en lo relativo a la vida económica: tenía aquélla por objeto, entre otros, “la racionalización del Derecho como mecanismo de ordenación de la labor estatal en su doble sentido de progreso y de limitación, para que ese mismo Derecho, de elaboración exclusivamente estatal y regia, sea el instrumento fundamental, por no decir exclusivo, de dirección de la sociedad”<sup>608</sup>.

Partiendo de aquí, corresponde al liberalismo en sus variadas formas el desarrollo de la función del Estado-Derecho en relación con el mercado. Se apunta significativamente por BETANCOR que la reflexión se ha llevado a cabo, sobre todo, en la Europa continental (no tanto en el Reino Unido, donde el *Common Law*, como Derecho descentralizado en manos de los jueces, la hizo innecesaria) y en Estados Unidos, donde a pesar de dicho origen, o precisamente por él como antes se dijo, se hace imprescindible justificar la regulación: “en este punto se produce la confluencia a ambos lados del Atlántico: en Europa, se evoluciona desde el *Civil Law* (o *Statute Law*, según la terminología americana) hacia un Derecho que sin llegar a ser *Common Law* sea descentralizado (liberalizado) pero no judicializado

---

<sup>607</sup> BETANCOR habla de una “convención colectiva”, siguiendo a SUNSTEIN (“free markets depend for their existence on law”) y no parece necesario insistir sobre este punto; *vid.* BETANCOR, *Regulación*, *cit.*, p. 75 y, allí citado, SUNSTEIN, C.R., *Free markets and social justice*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1997, p. 5

<sup>608</sup> Cf. también BETANCOR, *Regulación*, *cit.*, p. 76., siguiendo a HARCOURT, Bernard E., “Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy”, en *John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 482*, University Of Chicago Law School, junio de 2009 [disponible en <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/wp451-500>]. De nuevo se señala que Adam Smith –cuyas descripciones sobre un orden de cosas, por así decir, “menos liberal” se destacan siempre como desinteresadas– participaba también de esta visión, al decir que “los reglamentos que se hacen con respecto al comercio, la agricultura y las manufacturas del país se consideran como pertenecientes a la policía” (*The theory of moral sentiments*, 1759, citado *apud* BETANCOR, *cit.*, p. 77).

porque son las autoridades reguladoras independientes las que pasan a ocupar el lugar central en relación con la intervención de corrección en ciertos mercados relevantes. En cambio, en Estados Unidos, la evolución va desde el *Common Law* al *Statute Law* en el que la intervención, novedosa en la tradición anglosajona, debe ser igualmente limitada por la vía de los criterios de los fallos de mercado”<sup>609</sup>.

Según la visión liberal, el instrumento jurídico de la organización del mercado era el Derecho civil y las instituciones jurídicas ligadas al mismo, en particular, la institución contractual y la propiedad, siguiendo a REICH en su obra *Mercado y Derecho*<sup>610</sup>. La organización del mercado por el Estado consistía, dice el autor, en que éste facilitaba “a los operadores determinadas formas jurídicas para que pudieran organizarse (sociedades sin personalidad, sociedades por acciones), adquirir y enajenar derechos subjetivos (sistema de registro inmobiliario, creación de una propiedad industrial, contratos de licencia) y llevar a cabo también determinadas transacciones (títulos valores, entre otros)”; al tiempo que preveía la corrección de disfunciones, para lo cual “disponía de un sistema de responsabilidad basado en el principio de la culpa, que trasladaba a la esfera jurídica de la responsabilidad económica de los operadores, haciéndoles responder de las actuaciones ilícitas y de las violaciones contractuales”. Ésta era, en efecto, la situación de “normalidad” en las relaciones económicas privadas conforme a las Constituciones económicas del Estado liberal, como lo resumía GIRÓN TENA en un trabajo sobre el Derecho concursal como “anormalidad generalizada de los incumplimientos”; que merece una cita de cierta extensión:

“El Derecho vigente que está en trance de cambio se inserta en el marco constitucional-económico decimonónico que se caracteriza por el ‘privatismo’, cuya significación cualitativa y cuantitativa da el espíritu y orienta el contenido político-jurídico de todo el ordenamiento directamente vinculado a la Economía. (...) Este privatismo del sistema económico, confiado en su automatismo y en el juego de la mano invisible que dispusiera su funcionamiento, se corresponde, en el campo del Derecho, con el individualismo liberal privatista. Y el esquema de sus principios es el siguiente: el funcionamiento de la dinámica operativa, en el campo del Derecho (los actos, los hechos, la actividad que se convierte eventualmente

---

<sup>609</sup> BETANCOR, *ibidem*, p. 79.

<sup>610</sup> REICH, N., *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985 (trad. A. Font, ed. Hermann Luchterlan Verlag, 1977), citado por BETANCOR, *ibidem*.

en negocios jurídicos, contratos, cumplimientos, etc.) se mueve bajo los principios de ejercicio de las libertades, y ahí se enmarca lo que se llama 'libre iniciativa económica', 'la libertad contractual' y 'la libertad en el poder de disposición' sobre el propio patrimonio, con los contenidos de poderes y facultades característicos de la propiedad. La contrapartida de todo ello es la responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 del CC). Y lo indicado es la normalidad.

(...) Desde el marco decimonónico que trazan los principios antes indicados se ha ido pasando en los países occidentales, como es sabido, a través de lo que se ha llamado el intervencionismo económico, a una concepción constitucional económica que tiende a entenderse tipificada, que se llama de 'economía mixta'. En el plano de los sectores y disciplinas del ordenamiento más vinculados a las estructuras y a los principios económicos, se cuestiona hoy la 'desprivatización del Derecho privado'. (...) Es obvio que, desde un plano de principios, las Constituciones, por su posición en el ordenamiento, al recibir las ideas del Estado social y de los sistemas económicos mixtos nos presentan un cambio histórico positivamente consolidado y vigente. Este planteamiento no define con precisión específica la línea divisoria entre lo público y lo privado. Consiguientemente, la publicitación se va manifestando con mayor o menor intensidad y/o por sectores. Esa mayor o menor desprivatización, que no quiere decir necesariamente tránsito de manos privadas a organizaciones públicas de la actividad y la gestión económicas, sino que implica, en gran medida, conmixción y acción orientadora hacia el interés público de la actividad de manos privadas, vierte en el campo que a nosotros nos interesa ahora"<sup>611</sup>.

Así pues, retomando el hilo de la exposición de REICH, el Estado del siglo XX suma a la función de organización del mercado (que permanece sustancialmente inalterada) la de intervención de los mercados, y ello en un doble plano: el de ordenamiento de competencias de los procesos globales de la Economía; y el de regulación, en concreto, de las conductas de los operadores del mercado para materializar los objetivos de la política económica estatal –aspecto este último bajo el que el Derecho deviene “variable, contingente y pierde con ello su legitimación como instrumento duradero y estable de comunicación en manos de los operadores del mercado”<sup>612</sup>.

---

<sup>611</sup> GIRÓN TENA, J., “Introducción (Temario para una encuesta)”, en el Número monográfico *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de Derecho de la Universidad Complutense, n. 8, 1985, pp. 12 y 14.

<sup>612</sup> REICH, citado apud BETANCOR, *Regulación*, cit., p. 80. Esta llamada crisis de la ley en el Estado regulador –o, al menos, transformación de su papel, como advierte MALARET I GARCÍA [“Regulación económica: su instrumentación normativa (el lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003]- entronca plenamente con el tema de la regulación por parte de Administraciones independientes, como se verá con detalle en el próximo capítulo.

En este punto, dos son las grandes explicaciones ofrecidas por el liberalismo para sentar el "fundamento ideológico del Estado-Derecho neutral al servicio del mercado", según sintetiza BETANCOR. Una es la del liberalismo clásico de HAYEK y VON Mises, que podría resumirse en la frase del primero según la cual "el Derecho *público* es una de las principales vías por las que se ha producido la destrucción del orden liberal" (tomada de una conferencia del autor en 1966 y que desarrollaría después por extenso en su obra *Derecho, legislación y libertad*)<sup>613</sup>. El papel del Derecho no interfiere el mercado, por el contrario lo protege, si se limita a establecer "reglas universales de mera conducta, que protegen una esfera reconocible de los individuos" (cuya fuente por antonomasia se encuentra en la costumbre y en la jurisprudencia como exteriorización de aquélla, en la tradición del *Common Law*). Por el contrario, es el Derecho público –entendido en un muy limitado sentido de reglas de organización de servicios, orientadas a un interés público– la antítesis de las reglas que hacen posible el orden espontáneo del mercado, que asegura el interés general.

Un cierto resurgir de estas corrientes se observa modernamente con las tesis del Estado mínimo de Arthur SELDON y ya se había anticipado en cierto modo, por lo que ahora interesa, en toda la concepción latente en la "New Institutional Economics" de Ronald COASE. Frente a los teorizadores del Estado de bienestar, en particular frente a la visión de la regulación que sostuvo Alfred C. PIGOU en su obra *The Economics of Welfare* (1920), entendía COASE que debe rechazarse cualquier intervención política del Estado, que le convierta en un "jugador" más en la vida económica. Ha de limitarse a garantizar el mercado, mediante la facilitación de las instituciones jurídicas (propiedad y empresa) y el establecimiento de las reglas del juego (Derecho de la competencia) sin introducir ningún sesgo.

---

<sup>613</sup> Cf. BETANCOR, *Regulación*, cit., p. 83 [cursiva nuestra] y HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, vol. I (*Normas y Orden*), trad. L. Reig, Unión Editorial, Madrid, 1985, especialmente pp. 254 y ss., sobre el Derecho privado y el Derecho público.

No aparece allí formulada con tal rotundidad la frase que se recoge en el texto –en el Prefacio a *Derecho, legislación y libertad*, reconocía el propio autor que podrían encontrarse indicios de sus argumentos en obras anteriores, como los *Estudios en Filosofía, Política y Economía*, de 1967, y los *Principios de un orden social liberal*, Unión editorial, Madrid, 1966-2002, donde recogió la conferencia citada arriba–, si bien se argumenta en la misma línea: "Suponer que sólo el Derecho público contribuye al interés general y que el privado se ocupa tan sólo de los egoístas intereses individuales implica la más completa tergiversación de la realidad (...) La legislación orientada a la organización de los servicios colectivos implica necesariamente la introducción de conceptos de naturaleza totalmente dispar de lo que corresponde a la tarea de proporcionar un esquema normativo que sirva de marco de funcionamiento a un orden social espontáneo" (pp. 258-259).

Mientras que PIGOU defendió, pues, la regulación como forma de corrección de los defectos en el funcionamiento del sistema económico, y a las agencias o comisiones *ad hoc* como las encargadas de “realizar una intervención beneficiosa en la industria, bajo condiciones que no hubieran justificado una intervención en otros tiempos”, COASE vino a propugnar por vez primera, en su célebre trabajo sobre “La Comisión Federal de Comunicaciones” (1959), la completa sustitución del modelo regulatorio por otro basado únicamente en el mercado: “la confianza de Pigou en las virtudes de las comisiones reguladoras independientes –dijo con crudeza– hoy nos causa risa”, adelantando algunas críticas a la función de los reguladores que se han repetido después bajo diversos enfoques, y que podían resumirse en tres desventajas en la actuación de aquéllos: i) la interferencia política, ii) la falta de medida precisa de costes y beneficios que proporciona el mercado y iii) la ausencia de toda la información que podría obtener un empresario a través del mercado<sup>614</sup>.

La segunda gran respuesta teórica del liberalismo vino de la mano de los teorizadores de la economía social de mercado, desatacadamente Walter EUCKEN, Alfred MÜLLER-ARMACK y Ludwig ERHARD. El papel concedido aquí al Derecho público y a la misión del Estado cobra mucho mayor sentido, desde el momento en que se diferencian las condiciones jurídicas constitutivas y las condiciones de jurídicas de regulación exigidas por una economía de mercado, en la terminología del primero de los autores citados. El Derecho no sólo crea el ambiente social adecuado, sino que establece las reglas (formales, abstractas y negativas) del juego mismo del mercado. “El problema esencial, apunta Betancor, pasa a ser cómo ‘controlar’ esa función del Estado para evitar caer en el intervencionismo”, esto es “objetivar, neutralizar y racionalizar dicho espacio [mercantil] para evitar que se convirtiera en intervención del Estado”<sup>615</sup>. Todo lo cual nos llevaría naturalmente muy lejos, hasta la aparición del Estado social y de la economía social de mercado como “principio constitucionalmente inmanente del tipo Estado constitucional”, lo cual excede del objeto de este estudio<sup>616</sup>.

---

<sup>614</sup> Para este *excursus* sobre la polémica Pigou-Coase, y el surgimiento de las modernas críticas a la función de regulación en perspectiva económica, véase Betancor, *Regulación*, cit., pp. 91-94.

<sup>615</sup> BETANCOR, *Regulación*, cit., pp. 96 y 98.

<sup>616</sup> Cf. HABERLE, P., “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 5, 2006, pp. 23-24; citado *apud* Betancor, p. 99.

Llegados a este punto, se impone la llamada perspectiva “normativa” o pregunta por la justificación técnica de la regulación. Un cuestionamiento de este tipo sigue siendo necesario hoy en día. No otra cosa es lo que significa indagar en los fundamentos de la función pública de la regulación económica, como dice MUÑOZ MACHADO<sup>617</sup>. El punto de partida puede ser la clásica exposición de MUSGRAVE –quien hablaba del triple motivo del Estado para actuar ante la incapacidad del mercado: de estabilidad, de redistribución, de eficiencia-, la completa relación de problemas a resolver por la regulación que hicieran BREYER y STEWART (de la que nos hicimos eco más arriba) o la propia exposición que realiza MUÑOZ MACHADO y que se adapta particularmente bien a las características del Derecho español.

Los motivos o causas determinantes de la regulación son muy diversos y pueden ordenarse genéricamente en torno a los siguientes: la presencia de bienes públicos y funciones públicas; la prestación de servicios de carácter económico o social en razón a la demanda, que puede justificar una financiación total o parcialmente pública de aquéllos; la existencia en ciertos mercados de competencia imperfecta; la imposición del Derecho de la competencia para eliminar conductas fraudulentas y corregir información imperfecta o asimétrica; la necesidad de previa estandarización de bienes y productos en determinados sectores y el hacerse cargo de externalidades de tipo positivo o negativo; en fin, la existencia de mercados incompletos, los problemas de la selección adversa y del riesgo moral<sup>618</sup>.

Junto a todo ello, el debate más fecundo se ha desarrollado históricamente en torno a los fines o intereses que debe perseguir la

---

El lugar en esta última escena constitucional de la regulación para la competencia y de las tendencias impuestas por el Derecho de la Unión Europea ya ha sido estudiado con anterioridad. Resta por apuntar el último giro en toda esta evolución que, sin llegar a pronosticar una vuelta al Estado gestor –algo que acaso sólo pueda señalarse en forma interrogativa, como hace MUÑOZ MACHADO-, parece mostrar una cierta recuperación de “las posiciones de las Administraciones públicas en un doble sentido”: conservación de la gestión de ciertos servicios públicos –confluyendo con técnicas de regulación y sometidos aquéllos “a reglas especiales de funcionamiento para asegurar la competencia en los mercados”- y utilización “con toda la intensidad necesaria [de] los instrumentos y técnicas de regulación económica, abandonados en algunos sectores en favor de la competencia libre en el mercado, lo que ha permitido el desarrollo de situaciones que han perjudicado a los intereses generales y a los consumidores” (cf. MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, cit., pp. 63-64).

<sup>617</sup> Cf. *ibidem*, pp. 110 ss.

<sup>618</sup> Cf. MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, cit., pp. 112-116.

regulación. La teoría del interés público –también llamada normativa- subrayó la prosecución de intereses en beneficio de la colectividad (conectando así con las teorías del Estado de bienestar, en lo económico). Hay una relación de necesidad, se razonaba, entre fallo y regulación: ante los defectos de mercado, *debe* intervenir el Estado para que el mercado recupere su lógica natural. Como es sabido, la escuela de Chicago –también la escuela austriaca en Europa, desde otra perspectiva- se apresuró a señalar que también el regulador tiene sus fallos y, en especial, queda sometido al riesgo de captura por los intereses regulados.

Con la sistematización que permite una cierta distancia, se designó a esta corriente de réplica como del interés privado o positiva. Esta teoría de la regulación de la Escuela de Chicago (POSNER puede considerarse uno de sus exponentes más clásicos) puso el acento en el incumplimiento de los postulados básicos de la primera: la regulación no sirve al interés público, sino a intereses regulados o especiales y, en cuanto tal, es fuente de ineficiencia. Como aproximación teórica muy cercana, la escuela de la *Public Choice* (BUCHANAN y STIEGLER) destacó como protagonistas de la acción del gobierno a los burócratas, quienes, persiguiendo su propio interés, darían lugar a una excesiva oferta de servicios públicos a cambio de ventajas políticas o materiales.

En definitiva, existe una “estructural o consustancial realidad del fallo de mercado y de la regulación”, concluye BETANCOR: aquél “neutraliza” (incorrecta, asimétricamente<sup>619</sup>) y ésta “contamina” (también con asimetría en la información, aunque con “contaminación democrática”, viene a decir el autor en alguna ocasión). Se trata de elegir entre opciones imperfectas, partiendo del mercado como realidad y no como paradigma teórico –contando en su caso con la tendencia a monopolios naturales<sup>620</sup>- y del regulador como crudo

---

<sup>619</sup> Aspecto que ha resaltado STIGLITZ, quien lo considera como un elemento estructural del mercado: “Bajo el paradigma de información imperfecta, los mercados casi nunca son Pareto eficientes” (STIGLITZ, J. E., “Information and the Change in the Paradigm in Economics”, Conferencia en los Premios Nobel, 2001, citado *apud* BETANCOR, *Regulación*, pp. 109-110).

<sup>620</sup> Dice BETANCOR que éste “es el otro fallo del mercado que, en ciertas circunstancias, es esencial a ciertos mercados, en particular, a aquellos que a nosotros interesan porque son en donde usualmente el legislador ha entronizado reguladores independientes”. Si bien niega la estricta correlación entre ambas circunstancias: “es notable el caso de la distribución del agua. Aun cuando se trata de otro notable monopolio natural, su control no está entregado a ningún regulador independiente. La policía hace acto de presencia con toda su crudeza. La relación entre los dos aspectos indicados *es sólo fruto de la decisión política plasmada normativamente por el legislador correspondiente*” (cf. *Regulación*, cit., p. 111 y nota 50; cursiva nuestra).



interventor en la vida económica, y no como “regulador benevolente”. Una cierta dosis de realismo, en línea con concepciones de la política y del Derecho que se hagan cargo de la complejidad social<sup>621</sup>, haciendo hincapié en la defensa constitucional de las libertades personales y económicas implicadas en cada caso. “El centro de gravedad del discurso pasa al control. La regulación debe ser, fundamentalmente, controlada (...) Si el mercado es imperfecto y la regulación es imperfecta, la única solución, en términos democráticos y jurídicos, es el control de la imperfección de uno y de la otra para minimizar los costes sociales, no sólo económicos sino también en términos de derechos y libertades”<sup>622</sup>.

### III. El proceso de internacionalización del Derecho administrativo de la regulación y sus consecuencias en el plano interno

#### A. La proliferación de los sistemas internacionales de regulación

Debe partirse, en este punto, de la simple constatación de hecho de que se han multiplicado los sujetos de carácter internacional que aprueban normas sobre la llamada regulación. No se trata de hacer un elenco sistemático de los mismos, quizá imposible, sino de atender a las consecuencias que este proceso está ya teniendo sobre las normas internas que se ocupan de las mismas cuestiones.

---

Nos permitimos observar que la cuestión no es, sin embargo, la de aquellos sectores donde *naturalmente* se dé esta forma de organización económica (y, a pesar de ello, decida el legislador no intervenirlos sino mediante técnicas de ordenación de policía *ad casum*) [en el ejemplo propuesto, la distribución del agua]; sino la de aquellos otros en los que se afirma no haber tal predisposición a la organización monopolística, de modo que –dejados a sí mismos, a su espontáneo desenvolvimiento, sin regulación– serían mercados de competencia natural y se propugna por ello su “des-regulación” [energía o telecomunicaciones]. Estos últimos constituyen el auténtico *quid*. Y si en ellos la respuesta pasa sólo por “la decisión política plasmada normativamente”, se habría vuelto con ello al punto de comienzo o, por mejor decir, habría quedado negada la premisa inicial en este momento del razonamiento: que, a pesar de todo, hay ciertas tendencias “naturales” a una u otra forma de organización económica. (Sobre todo ello, cf. supra el Cap. sobre la CMT, apartado A.4, y la confrontación de opiniones entre VELASCO SAN PEDRO y DE LA QUADRA SALCEDO-FERNÁNDEZ DEL CASTILLO sobre la subsistencia de la confianza en que pueda haber un mercado no necesariamente monopolístico o de oligopolio en dicho sector).

<sup>621</sup> Mas “no quiere ello decir que haya que postular constantemente ‘cambios de paradigmas’. Aunque en algunas ciencias sociales se observa en ocasiones una vertiginosa sucesión de paradigmas, no es esa la forma de comportarse de la ciencia jurídica, puesto que su objeto de conocimiento, el Derecho, posee una vertiente de estabilidad muy superior (...). Tampoco se trata de hacer política legislativa. Lo que a la ciencia del Derecho Administrativo le interesa es una labor *en paralelo o junto* a la dogmática, y no sólo *en su seno*” (cf. SCHMIDT-ASSMAN, E., “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en VVAA [ed. J. Barnés], *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 38 y 25.

<sup>622</sup> Cf. BETANCOR, *Regulación*, cit., pp. 107 y 115.

Para comprender de algún modo el fenómeno, se puede atender en primer término a las clasificaciones más usuales manejadas por los autores que se han enfrentado a él. Entre nosotros, BARNÉS se ha referido con amplitud a “sistemas internacionales de carácter regulador, basados, bien en tratados internacionales; bien en redes transnacionales; o en acuerdos de reconocimiento recíproco”. Intentando precisar de algún modo esta aproximación general, distingue después entre mecanismos verticales y mecanismos horizontales. Serían los primeros aquellos que se incardinan en el marco de los tratados y son consecuencia de las normas internacionales creadas a su amparo: los ejemplos más típicos –dice– serían la Organización Mundial del Comercio, el Protocolo de Montreal o el Protocolo de Kyoto. En tanto que entiende por mecanismos horizontales aquellos que implican una cooperación informal entre reguladores nacionales “para coordinar las decisiones y las prácticas a adoptar en sectores como la competencia, las telecomunicaciones, los productos químicos o la seguridad en el transporte”<sup>623</sup>.

De otra parte, contemplada esta realidad desde una perspectiva más amplia (globalización) y al tiempo más limitada por el objeto (regulación financiera), DARNACULLETA y ARMENDÁRIZ han intentado una categorización parcialmente diferente. Situadas en un tiempo aún próximo a la última crisis financiera, y advirtiendo por ello del “tinte de provisionalidad” de alguna de las propuestas, las autoras inciden más bien en el origen de los diversos sujetos que aprueban normas

---

<sup>623</sup> Cf. BARNÉS, J., “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en VVAA [ed. J. Barnés], *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 263 ss. (especialmente, pp. 325 ss. sobre la internacionalización de las relaciones administrativas y el procedimiento administrativo; para la cita del texto, pp. 325-326).

La clasificación propuesta sigue la hecha por B. KINGSBURY, N. KRISCH Y R. B. STEWART «The Emergence of Global Administrative Law», *Law & Contemporary Problems*, 68 (2005), págs. 15 y ss.; también en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 17 (2005) [<http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/17>]; también publicado en español con el título «El surgimiento del Derecho Administrativo global», *Res Publica Argentina*, 3, 2007, págs. 25-74.

Previamente se hacen otras distinciones, en el campo de la llamada gobernanza global, que exceden del objeto de este trabajo, así la que diferencia entre: “organizaciones nacionales que intervienen en el marco de una organización supranacional; organizaciones reguladoras híbridas; y reguladores privados que desarrollan funciones de particular relevancia pública” (cf. Barnés, cit., p. 325). La mención de estos últimos toca el fenómeno de la autorregulación, en el punto en que se cruza con el proceso ahora analizado de extensión internacional. A este respecto, cf. ampliamente el reciente estudio de DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, *RAP*, núm. 183 (septiembre-diciembre 2010), págs. 139-177; en cuya p. 150, nota 37, se cita esta clasificación en el mismo sentido).

sobre regulación y diferencian así entre: “organizaciones internacionales en la producción de estándares, que son adoptados posteriormente, o tomados como referencia, por el legislador europeo y por los legisladores estatales (...); cooperación internacional, que se articula a través de organizaciones o redes transnacionales (...); administraciones internacionales”. En otro momento se refieren a la triple vía de respuesta a los problemas de regulación financiera ofrecida por “la autorregulación de los profesionales vinculados al sector financiero; la cooperación transnacional, a nivel europeo y a nivel internacional, de las autoridades nacionales de supervisión; y la creación de administraciones internacionales para resolver concretos problemas, como el blanqueo de dinero, que son agudizados por el carácter global de la actividad financiera”<sup>624</sup>.

Como luego se verá, el problema sin embargo no es tanto el del diverso origen de los estándares adoptados por estas formas de organización (privadas unas: autorregulación; de cooperación transnacional entre expertos, otras; surgidas directamente de la colaboración interestatal, las últimas), sino el de la *forma o proceso de “incorporación” de dichos estándares al ordenamiento interno*.

Desde este último punto de vista, se estima más claro mantener por el momento la dualidad que se apuntó en primer lugar –mecanismos verticales y horizontales–, ampliándola y añadiéndole otros matices en el campo de la regulación financiera, como ha hecho en la doctrina norteamericana D. ZARING<sup>625</sup>. Distingue, en efecto, este autor entre las organizaciones dotadas de una forma clásica (*Treaties*, por antonomasia la Organización Mundial del Comercio), las que llama *Networks* (que traducimos como redes de reguladores internacionales, entre ellas el Comité de Supervisores Bancarios de Basilea o la Organización Internacional de Reguladores de Valores [IOSCO]), las entidades de la llamada arquitectura financiera internacional (Banco Mundial, FMI) y el G-20, como realidad de

---

<sup>624</sup> Cf. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, citado en la nota anterior, pp. 141-142 y 157.

<sup>625</sup> Vid. su apasionado estudio de la evolución del *status* de los organismos internacionales, a raíz de la crisis financiera, en “International Institutional Performance in Crisis”, *Paper for Yale Comparative Administrative Law Conference*, 2008. Para el acceso a este trabajo y al que posteriormente se cita de Barr y Miller sobre el Comité de Basilea, agradezco la ayuda inestimable –junto con sus comentarios– del prof. Jorge García-Andrade Gómez.

carácter marcadamente político y económico. Luego se volverá sobre la valoración de este autor al tratar del papel de unos y otros sujetos en la reciente crisis financiera.

Por ahora se ha de retener que esta distinción jurídico-formal aporta ya importantes matices. Mientras que en el caso de las organizaciones clásicas, basadas en tratados internacionales (o supranacionales, en el caso de la Unión Europea), la incorporación de sus normas al plano interno se hace siguiendo pautas jurídicas dotadas de cierta seguridad –al menos, en cuanto a la definición de los procesos internos aplicables y la eficacia de las normas así adoptadas-; no puede decirse lo mismo, con carácter general, de las reglas o estándares formadas en el ámbito de las llamadas redes de reguladores.

#### **B. La incorporación de las normas o principios de regulación al Derecho europeo y al ordenamiento interno**

§ Uno de los problemas que surgen en cualquier acercamiento a estas cuestiones es el de la vaguedad de muchos de los conceptos empleados, polisémicos y objeto de estudio por varias disciplinas, y el de tratar de hacer con precisión las necesarias distinciones.

Así sucede cuando se trata de abordar la globalización en clave jurídica y más aún si se trata de la que se produce en el ámbito financiero<sup>626</sup>. Una premisa que se da por sentada en la mayoría de las ocasiones es que la respuesta tradicional de los Estados y de la UE a los problemas –ciertamente novedosos- que se producen en estos campos es más pobre, o está peor dotada de instrumentos, que aquella específicamente prevista por los llamados actores de la globalización (entre los cuales, algunas de las organizaciones a que antes se ha hecho referencia).

En cambio, se hace necesario separar, en primer término, lo que es propio de ciertos fenómenos, como el de la aludida globalización; y lo que por el contrario encuentra sus rasgos característicos y sus claves de explicación en otras realidades, como sucede con la regulación y, todavía más acusadamente, con la

---

<sup>626</sup> Sobre la precisión de estos términos, y aun sobre el de regulación que se estudia conjuntamente con ellos, hacen valiosas observaciones DARNACULLETA Y ARMENDÁRIZ, “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, cit., pp. 143 ss. y 147 ss.

regulación financiera. En este último punto debemos remitir ampliamente a lo dicho en un capítulo anterior (Capítulo IV, apartado III), pero no está de más hacer dos precisiones iniciales, no siempre bien advertidas:

- Una, que en el ámbito financiero la presencia de “riesgos sistémicos” o de crisis sistémicas alude principalmente a que existen riesgos, y a que pueden presentarse problemas, cuya clave de prevención o solución excede de la perspectiva de uno solo de los miembros del sistema (ej. típico: la retirada masiva de depósitos por los inversores afecta, desde luego, a las entidades depositarias individualmente consideradas, pero es susceptible además de producir un colapso del sistema bancario en su conjunto). El *crash* de la Bolsa en 1929 fue un caso clásico de defecto de esta clase que afectó al sistema financiero en su totalidad, por más que la internacionalización de éste fuera menos extensa que la que existe hoy en día.

- Otra, que el carácter territorial de ciertos sujetos no siempre, ni necesariamente, es sinónimo de “sectorialización” o fragmentación de las soluciones (especialmente en el ámbito financiero). Justamente en este campo han existido siempre, o al menos desde hace siglos, problemas y riesgos derivados de formas de organización, no ya internacionales sino “multinacionales” y de deslocalización de ciertos servicios que se han tratado de prevenir con diversos instrumentos. Lo singular de las respuestas ofrecida en los últimos decenios pasa, sin duda, por la necesidad de ofrecer un cierto enfoque global de aquéllas, pero también está conectada a la existencia más concreta de un determinado tipo de regulación, la de los mercados financieros que siempre han sido organizados conforme a ciertos principios (cuyo desarrollo y perfeccionamiento se ha explicado *supra* en el apartado II). De esta forma, aun aquellos autores –como DARNACULLETA y ARMENDÁRIZ– que parten de una cierta limitación de los ámbitos nacional y europeo para abordar esta regulación (operan, se dice, en un “ámbito de actuación territorialmente delimitado, que se ve desbordado por la realidad sobre la que debe operar”), admiten sin embargo que es la regulación bancaria de origen anglosajón la que “ha borrado en la práctica la

asunción de riesgos específicos, tradicionalmente vinculada a cada sector”<sup>627</sup>.

§ Todo lo anterior conecta, en primer término, con la existencia de ciertas formas organizativas (en sentido lato: esto es, también procedimentales y de producción normativa) que han cristalizado en la Unión Europea y que en buena medida ofrecen ya una respuesta al problema de la incorporación, esto es a la “recepción de estándares” elaborados internacionalmente.

En esta línea, cabría hablar de la estructuración de niveles normativos que se intentó en la Unión Europea en el ámbito de los mercados financieros (sistema Lamfalussy, sobre el que ya se trató con cierto detenimiento en el Capítulo V, apartado III, a propósito de los mercados bursátiles). Una evolución más extensa del régimen de los reguladores en este mismo campo, y aún no acabada en sus últimos detalles, es la que se ofrece en respuesta a la última crisis con la creación de la Junta Europea de Riesgos Sistémicos (JERS). Sin embargo, como se notó también en un capítulo anterior, ello no supone prescindir de las anteriores distinciones –aquella convive con los supervisores europeos sectoriales, ahora en forma de agencias- y, lo que quizá es más relevante, el peso de órganos característicos de una arquitectura financiera tradicional (BCE y Bancos centrales de los Estados) ha sido significativo en el diseño de esa misma estructura.

§ Lo anterior no debe perderse de vista al tratar ya del proceso de recepción o incorporación interna de las normas o estándares elaborados por organismos internacionales.

Recuérdese, ante todo, que uno de los acercamientos más completos a la cuestión en la reciente doctrina española distingue entre normas nacidas de la autorregulación privada internacional, las elaboradas por redes de cooperación transnacional y las que derivan de administraciones internacionales en un sentido más estricto. Las preocupaciones que subyacen a la inclusión en el primer bloque son las propias del contenido o contextura jurídica de las normas por su origen (agencias de calificación, gobierno corporativo y estandarización por organizaciones privadas como el IASB en el ámbito contable). Las redes del segundo tipo aportan ya un

---

<sup>627</sup> Cf. *ibidem*, p. 154. Es más, las autoras explican previamente “la estabilidad financiera como fin de la regulación” (pp. 151-152), acudiendo a conceptos similares a los que se han usado antes para explicar la moderna noción de regulación.

componente transnacional, más organizado y a menudo relacionado con los supervisores europeos y nacionales en la materia –son aquí, propiamente, las del sector financiero–: el Comité de Supervisores Bancarios de Basilea, con sus tres sucesivos acuerdos; IOSCO o comité de supervisores bursátiles y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (*International Association of Insurance Supervisors*) [IAIS], con sus acuerdos de Solvencia. En fin, se ubica en el tercer bloque –que tiene preocupaciones de otro orden, como la lucha contra la delincuencia a escala mundial– a los acuerdos más institucionales por su origen, como el que da lugar al Grupo de Acción Financiera Internacional contra el Blanqueo de Capitales (GAFI)<sup>628</sup>.

Sin embargo, en esta descripción el punto relativo a la la forma en que estas normas adquieren carácter vinculante, queda en parte oscurecido. Nos referimos al hecho de que los estándares elaborados por estas diversas organizaciones –que en un primer momento o en origen pueden constituir en algunos casos una suerte de *soft law*, de pactos entre caballeros o de normas nacidas de la *moral suasion*– son recibidos en no pocos supuestos por los diversos ordenamientos jurídicos dotándolos de fuerza vinculante<sup>629</sup>.

Es en este doble proceso, de elaboración y de otorgamiento de fuerza jurídica vinculante, donde puede decirse que se ha producido una transformación de cierto alcance. A su vez, sobre ella ha influido decisivamente la elaboración del concepto de la función de regulación. Como explican con precisión DARNACULLETA y ARMENDÁRIZ, además de la regulación en sentido estricto –a la que, por lo general, viene haciéndose referencia en este capítulo– existe la llamada por la doctrina alemana regulación en sentido amplio teorizada “a raíz del

---

<sup>628</sup> Cf. ampliamente DARNACULLETA Y ARMENDÁRIZ, “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, cit., pp. 157-166.

<sup>629</sup> Por eso, no interesa ahora –y requeriría, sin duda, una profundización mucho mayor partiendo de las aportaciones doctrinales ya muy relevantes sobre la materia– un análisis en abstracto sobre su diversa contextura (cf. en general SARMIENTO, D., *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007 y del mismo autor “La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2007) ni tampoco el estudio por separado de las muy diferentes normas a las que se hace alusión, que en cada caso tienen peculiaridades por su origen, por su forma de recepción y por su mismo contenido: vg. las normas sobre gobierno corporativo pueden ser elaboradas originariamente mediante autorregulación, recibirse después en normas jurídicas vinculantes (órdenes ministeriales, circulares de Administraciones independientes) aunque quedar su grado de eficacia limitado por su propia naturaleza de cumplimiento voluntario en ocasiones. En cambio, las normas contables, de elaboración bien privada bien transnacional, se incorporan en normas de directo cumplimiento para los ordenamientos de la Unión Europea (mediante Reglamentos) y son objeto después de precisiones de eficacia mediante ciertas normas internas; etcétera.

debate sobre la reforma del Derecho administrativo, como concepto comprensivo de las diversas formas de intervención estatal para el cumplimiento de fines públicos”<sup>630</sup> (a ello se aludió en el Capítulo XII al hilo del procedimiento y habrá ocasión de retomarlo *infra* al tratar del control de los reguladores). Pues bien, por lo que hace a la regulación de los mercados financieros (aunque la idea puede ahora sí generalizarse sin perder por ello su validez), lo que pone de relieve el proceso objeto de estudio es la existencia de una variación que no corresponde a ninguno de los dos campos anteriores: la regulación – aquí, la forma de producirse normas- “se ve afectada por una transformación de sus contenidos y, también, de forma principal, de los sujetos que determinan tales contenidos y de las técnicas que utilizan. Los contenidos de la reglamentación no sólo provienen ya de la voz de los legisladores y de los gobiernos, sino que son gestados en el seno de organizaciones sectoriales de ámbito global, integradas por representantes nacionales de administraciones independientes o compuestas exclusivamente por sujetos privados”<sup>631</sup>.

Por eso la cuestión, que las citadas autoras han subrayado con ocasión de las normas elaboradas por el IASB o por el Comité de Basilea (aunque, como enseguida se verá, lo mismo cabe decir de las normas aprobadas por el GAFI o de las que derivan de organizaciones internacionales *stricto sensu*)<sup>632</sup>, es que se trata de un Derecho hecho en su origen por expertos –aunque sin repetición, sin decisión caso por caso- que se asume después por decisión del legislador. Aquí sí que cabe hablar, en rigor, de una novedad jurídica de cierto calado en el mundo occidental, donde el Derecho o bien se crea por repetición de los jueces o por decisión del legislador. La previsión de una nueva función pretoriana (aunque no de *iuris prudentia*) de los expertos contables, económicos, que actúan en una primera fase con cierto

---

<sup>630</sup> Cf. DARNACULLETA Y ARMENDÁRIZ, “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, cit., p. 148.

<sup>631</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>632</sup> En definitiva, el punto relevante para nosotros no es que el origen de tales reglas sea más o menos privado o público. El énfasis se pone en un extremo distinto al que destacan Darnaculleta y Armendáriz: afirman así que “la circunstancia a subrayar es el hecho de que sea una asociación privada de contabilidad la que ha elaborado técnicamente las reglas contables que ahora, en virtud de Reglamento comunitario, se convierten en el Derecho vigente. Se trata de un proceso de autorregulación que se incorpora al Derecho vigente en virtud de la decisión, de nuevo, del legislador europeo” (“Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, cit., p. 172). La auténtica transformación radica, a nuestro juicio, en la *forma de producción del Derecho*, bien sea que en un primer momento éste se elabore por organizaciones privadas o por redes de supervisores transnacionales de carácter jurídico-público.



carácter de generalidad –previendo para un número de casos indefinidos, pero sin las técnicas jurídicas de cada uno de los Estados que van a dotar de eficacia jurídica a tales reglas- autoriza a hablar en este punto de una auténtica novedad.

§ Sentado lo anterior y prescindiendo del intento de hacer un análisis en detalle de la cuestión, que envuelve problemas clásicos del Derecho internacional en una perspectiva parcialmente nueva<sup>633</sup>, han de dibujarse los principales problemas que plantea este proceso de “incorporación”. Ante todo, parece claro que las cuestiones son muy diferentes allí donde existen tratados internacionales que cuando se trata de organizaciones de coordinación en red de diversos reguladores.

En el primer campo, VON BOGDANDY ha estudiado la cuestión a propósito de las normas de la OMC y partiendo de que la noción tradicional del dualismo internacional ha de ser sustituida por la de un pluralismo en el sistema de fuentes de Derecho internacional<sup>634</sup>.

Se refiere con ello a que las dos doctrinas que son consecuencia fundamental de los ordenamientos unidos por un sistema de vínculos [*coupling*], a saber la eficacia directa y la interpretación conforme (cuyo paradigma es el Derecho comunitario desde la STJCE *Van Gend & Loos* de 1963), no pueden ser trasladadas de forma automática a lo que sucede con las normas emanadas de una organización internacional como la OMC. Son doctrinas que afectan al posicionamiento interno de las normas internacionales en el sistema de fuentes y cuya situación en éste se debe decidir, pues, ante todo con base en consideraciones de legitimidad y, por tanto, según las

---

<sup>633</sup> Se remite, por lo demás, a lo dicho en capítulos previos sobre este proceso en alguna de las Administraciones independientes objeto de estudio: Banco de España [Capítulo IV, apartado I.C.4], CNMV [Capítulo V, apartado II.c]; ICAC [Capítulo VI, apartado IV] y CSN [Capítulo X, apartado I.C].

<sup>634</sup> Cf. VON BOGDANDY, A., “Pluralism, direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law”, cit., p. 401. Cf. también Marchetti, B., “Il sistema di risoluzione delle dispute del WTO: Amministrazione, Corte o *tertium genus*?”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4 (2008), pp. 933-967. Se aborda resumidamente la cuestión en el texto, que sin embargo plantea problemas de orden diverso a los que derivan estrictamente de la regulación. De nuevo en el campo de la regulación financiera, no parece que la resolución de problemas vaya en la línea de la creación de “una organización internacional de regulación de los mercados financieros”, sino que la regulación de los riesgos financieros parece establecerse, por lo menos como tendencia, a través del Derecho administrativo transnacional o Derecho de cooperación administrativa” (cf. DARNACULLETA Y ARMENDÁRIZ, “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, cit., p. 152).

normas establecidas por la propia Constitución, que gozan de aquélla en su mayor grado<sup>635</sup>.

Todo lo cual es ilustrado con la postura que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantiene respecto de las normas de la citada organización. La pretensión de éstas de gozar de un efecto directo con función constitucional en el Derecho comunitario, sobre la base de la supremacía de los tratados sobre la legislación comunitaria (artículo 300 del Tratado de la Comunidad Europea [actual artículo 218 TFUE]), se ha denegado por aquél en atención a que los principios de no discriminación inversa, seguridad jurídica e igualdad ante la ley no están garantizados en la OMC con la misma uniformidad de criterios que existe en el sistema jurídico de la Unión Europea<sup>636</sup>. Por su parte, el citado autor llega a la conclusión de que no resulta procedente la atribución de tal eficacia, pues en el caso de dicha organización no se trata de garantizar derechos humanos en el sentido del Tratado de la Unión Europea, sino libertades económicas: mientras que la salvaguarda de éstas se hace de modo uniforme en el Derecho comunitario por la armonización que supone el mercado común, no hay un mercado global que imponga esa misma necesidad de uniformidad ni la exigencia de igualdad ante la ley.

§ Por otra parte, cuando se trata de los estándares o normas aprobados por las redes de reguladores internacionales, las cuestiones que se plantean son de otra índole.

Ante todo (partiendo de que la decisión entre otorgar eficacia directa o exigir una recepción no es neutra, como después se dirá), se ha señalado que este singular proceso de “producción normativa en la globalización” tiene la bondad de que “reduce la complejidad de la función legislativa –por cuanto los aspectos más complejos son resueltos por expertos en la materia- y facilita la ejecución de las normas jurídicas que recogen los estándares –puesto que el contenido de dichas normas ha sido previamente acordado por sus destinatario-”<sup>637</sup>. Con independencia de que los aspectos más complejos en el plano legislativo dependan, la mayor parte de las

---

<sup>635</sup> Cf. VON BOGDANDY, A., “Pluralism, direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law”, cit., p. 403.

<sup>636</sup> SSTJCE *Portugal v. Consejo*, C-149/96, de 1999 y *Léon Van Parys NV v. Belgische Interventie- en Restitutiebureau*, C-3 77/02, de 2005.

<sup>637</sup> Cf. DARNACULLETA Y ARMENDÁRIZ, “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, cit., p. 175.

veces, de criterios políticos y no estrictamente técnicos (y en todo caso valorativos, como puede predicarse del mismo Derecho de la contabilidad), ha de tenerse también en cuenta que las facilidades de aplicación dependerán en no pequeña medida de la calidad o racionalidad intrínseca de la norma acordada por los expertos internacionales.

En el otro extremo, incluso la ventaja de la celeridad y experiencia técnica de sus procedimientos ha sido también cuestionada a raíz de la última crisis financiera. Dice a este respecto ZARING que la sacudida provocada por ésta y la pobreza de la respuesta de los reguladores internacionales han dado lugar a una reformulación de los viejos cargos contra el Derecho internacional, de forma que el reto para los internacionalistas es el de tratar de explicar su descontento con el desarrollo de estas instituciones hasta el presente y abrir caminos que valoren sus contribuciones de forma más sistemática<sup>638</sup>.

Desde un punto de vista más cercano al Derecho positivo español, en ciertos terrenos de la regulación económica no ajenos al objeto de este trabajo, se han apuntado otro tipo de preocupaciones como la relativa a que los tipos infractores de ciertas normas puedan quedar integrados por remisión, y aun por reflejo o incorporación en sentido lato, de las reglas o criterios empleados por organismos internacionales encargados de fijar estándares en la materia<sup>639</sup>.

---

<sup>638</sup> Cf. Zaring, D., "International Institutional Performance in Crisis", cit., p. 2. Para este autor, que arranca de la distinción que antes se vio (*Treaties, Networks*, entidades de la arquitectura financiera internacional y G-20), el balance es claro: así como los Estados integrados en este último grupo han liderado la respuesta frente a la crisis, los organismos institucionalizados han aportado soluciones puntuales y, por último, no ha existido reacción fiable en absoluto por parte de los *networks*, en contra de muchas previsiones y de las suyas propias. Más aún, respecto de las redes internacionales, valora de forma negativa la sobreabundancia de audiencia y procesos de discusión, que se tenían por características de ellas, al menos en los últimos tiempos (pp. 3-4). Lo anterior le lleva a proponer un replanteamiento, aun sin compartir las posiciones "schmittianas" de otros autores, en el sentido de un mayor protagonismo en el papel de incorporación a los reguladores internos (*Internalization through Confidence*); la tendencia a establecer vínculos interestatales en organizaciones más poderosas, como el *Financial Stability Board*; en fin, una acentuación de los procesos políticos en la toma de decisiones por estos organismos (pp. 25-27).

<sup>639</sup> En esta línea, M. BAJO FERNÁNDEZ señala en el Prólogo de la obra *Política criminal y blanqueo de capitales* [editada por él mismo y S. Bacigalupo], Marcial Pons, Madrid, 2009, que "las obligaciones legales derivadas de los compromisos internacionales abarcan objetivos tan imprecisos como los de sancionar con medidas eficaces, disuasorias y proporcionadas, lo que no significa la de imponer penas criminales. Es obligado estudiar si, para el llamado blanqueo de capitales, bastan para cumplir con estos fines las medidas policiales y sanciones administrativas" Aun dentro de éstas, "las '40 Recomendaciones del GAFI [Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales] (1990/2003)' han sido un punto de partida de la acción internacional para la lucha contra el blanqueo de capitales", siendo así que "los Estados han adoptado prácticamente sin críticas relevantes las

### C. Derecho administrativo global y garantías de Derecho interno

Finalmente, por ello existe un cierto acuerdo doctrinal en señalar las tres grandes críticas que suelen hacerse a las normas aprobadas por estos reguladores, afectando siempre a los siguientes puntos (que son, en otra perspectiva, los retos de un Derecho administrativo global): la falta de legitimidad democrática, las dificultades del control jurídico y el déficit de transparencia en sus procedimientos normativos. Por ello, es la atención a este tipo de criterios la que debe primar a la hora de decidir si las medidas adoptadas a nivel supraestatal requieren de un acto de incorporación, de tal forma que resulten garantizados los valores de transparencia y acceso a la información, la posibilidad de formular alegaciones durante el procedimiento y la presencia de mecanismos de control también en cuanto al fondo (proporcionalidad, garantía de los derechos de los afectados)<sup>640</sup>.

Puede encontrarse una posición equilibrada en el acercamiento a estos temas en aquellos autores que, enfrentando a los "nuevos soberanistas" con los férreos defensores de un Derecho administrativo global, comparten en buena medida las censuras de los primeros -déficit de legitimidad y de responsabilidad- sin dejar de subrayar el efecto beneficioso de regulaciones como las del Comité de Supervisores Bancarios de Basilea desde varios puntos de vista.

Así, para BARR y MILLER<sup>641</sup> el énfasis no se ha de poner en la indiscutible autoridad técnica de este tipo de organismos, sino en la

---

recomendaciones del GAFI e introducido un sistema de prevención del blanqueo de capitales basado fundamentalmente sobre un primera etapa de persecución imponiendo directamente deberes de comunicación de actividades sospechosas a las entidades bancarias, a los notarios, a los abogados, a los agentes de la propiedad inmobiliaria, etc. Con todo, se constata que, a pesar de los deberes impuestos que hemos mencionado, no se alcanza la finalidad en la prevención del delito. Qué menos que preguntarse sobre la oportunidad y, por ende, la legitimidad del Estado para imponer tales deberes a los ciudadanos" (pp. 8-9).

<sup>640</sup> Cf. BARNÉS, J., "Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas", cit., p. 327. También lo señalan, a modo de colofón, DARNACULLETA y ARMENDÁRIZ al decir, a modo de colofón, que "los juristas, que se cuestionan, con razón, la falta de legitimidad democrática de los nuevos procedimientos de gestación normativa y su eventual contradicción con los postulados del Estado de Derecho. En el caso de que se consoliden este tipo de procedimientos complejos, deberían articularse mecanismos para compensar estos déficits con mayores dosis de transparencia, responsabilidad y participación, que parecen ser, asimismo, los elementos integrantes del nuevo Derecho administrativo global" ("Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera", cit., p. 176).

<sup>641</sup> BARR, M. S. y MILLER, G. P., "Global Administrative Law: The View from Basel", *The European Journal of International Law*, vol. 17 (2006), nº 1, pp. 15 ss.

necesaria promoción por éstos de procedimientos de amplia audiencia y deliberación, que son llevados al plano interno –léase, en el caso de Europa, al doble plano de la Unión Europea y de los Estados miembros- mediante complejos mecanismos de incorporación. Tras reconocer que en el funcionamiento de estas entidades influyen también juicios políticos y valoraciones sociales (*it would be a mistake to view the Basel Committee as engaged only in value-neutral, expert, technocratic decision-making. Capital standards and prudential supervision inherently involve policy tradeoffs and social norms*), se destaca por ello mismo la necesidad de articulación de mayores controles administrativos: *Informal institutions therefore might require more administrative oversight, not less*<sup>642</sup>.

En el análisis subsiguiente, el acento se pone de nuevo en la eventual falta de legitimidad y control, y se apuntan remedios en los procesos normativos “internos” de los Estados Unidos y de la Unión Europea (*Promoting Accountability and Legitimacy through Transnational Processes for Incorporating Basel Norms*). En el caso de los Estados Unidos, se reprocha la existencia de múltiples voces diferentes en el ámbito financiero apostando por una mayor presencia del *congressional oversight* (*vid. supra* Capítulo III, apartado V.B.1 sobre esta técnica de supervisión parlamentaria; algo que conecta también con el contrapeso entre déficit de legitimidad y exigencia de mayor control que se estudia en el apartado siguiente). Por lo que hace a la Unión Europea, se subraya la rápida incorporación de los Acuerdos definitivos de Basilea II (junio de 2004) en el nivel de las Directivas (julio de 2004), sin desconocer que es el escalón nacional de los Estados miembros, con sus respectivas autoridades independientes tomando como ejemplo a la FSA británica, el que ofrece a su juicio una más completa posibilidad de audiencia y deliberación sobre estas materias<sup>643</sup>.

#### **IV. El control de la actividad normativa de los reguladores**

##### **A. La renovación de la perspectiva del control en el Derecho administrativo**

---

<sup>642</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>643</sup> Cf. *ibidem*, pp. 33 y 38.

Finalmente debe retomarse el estudio de las Administraciones independientes en cuanto sujetos que desarrollan esta actividad de regulación, con la pregunta acerca de su forma organizativa. En rigor, como advertía GARCÍA-TREVIJANO FOS, "la función crea el órgano"<sup>644</sup>. Si se quiere, la realización de toda función pública exige una organización específicamente adaptada a las características de aquélla, como recuerda SCHMIDT-ASSMAN<sup>645</sup>.

Por lo demás, y éste es el punto que interesa examinar ahora, "la *relación entre organización y función*", en el caso de los reguladores de los mercados, es una relación entre categorías borrosas. La función administrativa o la función de regulación, según los términos convencionales, no tiene unos límites tan precisos que impongan a su vez un tipo preciso de organización, categoría que, a su vez, tampoco tiene un contorno preciso. (...) Así, por ejemplo, en el sector financiero podemos encontrar tanto reguladores independientes (Banco de España) como dependientes (Dirección General de Seguros). De este hecho no se puede deducir ninguna consecuencia jurídica que proclame la exigencia o la conveniencia de una fórmula organizativa frente a otras". Si bien la óptica del control hace relevantes tales diferencias en la configuración de la estructura de las diversas entidades: "el reparto de funciones entre autoridades administrativas y organismos reguladores independientes es (...) una solución organizativa de control de unos y otros, así como un medio que garantiza la independencia"<sup>646</sup>.

Antes de emprender el análisis en concreto del alcance del control jurisdiccional sobre las decisiones de las Administraciones independientes, conviene interrogarse por un par de premisas previas que –de nuevo conectadas usualmente con la pretendida originalidad de los reguladores– suelen invocarse en este punto: ¿se da acaso una nueva forma de juridicidad que reclama un modo distinto de control?, y ¿en qué medida el control de la discrecionalidad se replantea en este campo, en los supuestos en que existe una menor densidad legal en la definición de potestades y competencias?

---

<sup>644</sup> GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. ----, vol.----, Revista de Derecho Privado, Madrid, <sup>2</sup>1971, p. ----

<sup>645</sup> Citado por BETANCOR, *Regulación*, cit., p. 313. Cf. *in extenso* SCHMIDT-ASSMAN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

<sup>646</sup> Cf. BETANCOR, *Regulación*, *ibidem* y p. 315 [cursiva en el original].

Acerca de la primera cuestión, GALGANO ha hablado del carácter de la juridicidad en la era de la globalización, destacando como una de las notas características del paso de la democracia representativa a la tecnodemocracia la generalización de los llamados reguladores<sup>647</sup>. No es necesario llegar tan lejos, no sólo a la vista de que –como ha apuntado BETANCOR<sup>648</sup>– sigue siendo muy importante la presencia de entes políticos sin que la técnica deba sacralizarse como objetivo frente a la política, sino porque los postulados constitucionales arrancan justamente de la soberanía popular y de la doble exigencia de la legitimidad, según se vio: personal u organizativa, en los nombramientos de los titulares de los entes reguladores (realizados por el Gobierno, constituido sobre la base de la elección democrática); y material o sustantiva (que el ejercicio del poder, en su contenido, pueda imputarse a la voluntad del pueblo según el principio de legalidad y la exigencia de responsabilidad política). Si, como se dijo, las entidades reguladoras son realmente Administración, bien que dotadas de una independencia orgánica y funcional reforzada, es claro que les resultan aplicables las fórmulas de control previstas por la Constitución<sup>649</sup>.

Por lo que hace a la segunda pregunta, puede apreciarse en efecto que la regulación supone un aumento del margen de libre decisión en manos de la Administración, algo que BETANCOR no deja

---

<sup>647</sup> Cf. GALGANO, F., “Prólogo a la edición española” del *Atlas de Derecho Privado Comparado* [coord. por él mismo], trad. J. A. Fernández Campos y R. Verdera Server, Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 15: “Particularmente significativa, con relación a este tema [la mayor relevancia de las autoridades tecnocráticas en las sociedades nacionales, como reflejo de la globalización], es la proliferación de las *autorities* (o administraciones independientes), como muestra el reciente texto único italiano sobre la intermediación financiera, que se limita a fijar los principios generales en la materia y, para el resto, reenvía a reglamentos que ya no emanarán del Gobierno, conforme a la antigua praxis, sino del Banco de Italia y de la CONSOB (la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa). Y así, la sede política abdica de su función normativa, invistiendo de ésta a las autoridades tecnocráticas. Se observa en ello el reflejo de una significativa tendencia, que caracteriza este final de siglo: la sociedad global nos lleva, quizá, al crepúsculo de la democracia representativa y al nacimiento de la tecnodemocracia”. Ya antes, el mismo autor en el artículo titulado justamente “I caratteri della giuridicità nell’era della globalizzazione”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, pp. 7 ss.

<sup>648</sup> Cf. BETANCOR, *Regulación*, cit., p. 334.

<sup>649</sup> Con el añadido, según se dijo también, relativo a la cualidad e intensidad del control, que permite una ponderación en el seno de la llamada legitimidad material o sustantiva: a menor vinculación a la ley o ante una sujeción singular (vg. de mera habilitación), mayor exigencia de responsabilidad política (o, según se trata seguidamente en el texto, mayor presencia de controles administrativos y jurisdiccionales). No se trata, en cambio, de ponderar entre legitimidad personal y sustantiva, pues la conexión de la primera con la cadena de nombramientos está anclada en la Constitución. Cf. *in extenso* Capítulo XI, apartado II.B (sobre el planteamiento de esta cuestión en el Derecho de la Unión Europea, en materia de protección de datos) y, de forma general, Capítulo XII, apartado I.B.3 (sobre la presencia de nuevas formas de legitimidad en el Estado social).

de señalar como paradójico respecto de la liberalización: ha incrementado la libertad de los sujetos, al precio de ampliar también la discrecionalidad administrativa. “Eso se ha conseguido –añade– por la vía de la reducción de la densidad normativa de la regulación legal”. Lo cual ve como una exigencia natural de la liberalización, que impondría formas de legislación más laxas: “El Código Civil es una buena muestra de lo que decimos. La reglamentación se convierte en una reglamentación de límites. Lo demás queda en manos de la autonomía de voluntad de las partes. Sin embargo, esta libertad y, en general, el funcionamiento del mercado pueden alejarse del interés general. Pero este interés y sus exigencias no pueden establecerse de manera tan precisa puesto que serán tan cambiantes como la propia dinámica del mercado. La Ley debe ceder a la apreciación de la Administración la determinación de cuáles son las concretas exigencias de dicho interés”<sup>650</sup>.

Todo ello entronca con una renovación de las perspectivas del Derecho administrativo, tanto general como especial, que ahora no podemos sino dejar apuntada. Quien quizá se ha ocupado de realizar una síntesis más completa de estas tendencias de cambio ha sido E. SCHMIDT-ASSMAN, con cuyas conclusiones converge una buena parte de la doctrina alemana y española<sup>651</sup>. Centrándonos únicamente en

---

<sup>650</sup> Cf. *ibidem*, p. 335.

Una reflexión precisa sobre este estado de cosas se debe a BLANQUER CRIADO, D., *La influencia del Derecho público sobre el Derecho privado de la contratación*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XLVIII, 2008; especialmente pp. 205 ss. sobre el Estado regulador y la superación de la radical contraposición entre el Derecho público y el Derecho privado. Dice, a propósito de la *lex mercatoria* globalizada, que por sus defensores “se atribuye carácter normativo y eficacia jurídica vinculante universal a los usos comerciales y prácticas empresariales, incorporadas en ocasiones a sus condiciones generales de la contratación. Es más, la fuerza de obligar de esa nueva *lex mercatoria* globalizada goza de primacía sobre las normas imperativas aprobadas por cada Estado-Nación” (p. 206; coincide con el diagnóstico F. GALGANO, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, cit., p. 96: “La antigua *lex mercatoria* se había adelantado a la llegada de los Estados modernos [...]; su función había consistido en la derogación, para las relaciones mercantiles, del Derecho civil de entonces, o sea, del Derecho romano, que ya se había revelado inadecuado a las exigencias del tráfico. La nueva *lex mercatoria* actúa, por el contrario, dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados: su función es la superación de la discontinuidad jurídica que éstos causan”).

Como no deja de notar BLANQUER, la evolución –en punto, sobre todo, a la relajación del control judicial– había sido ya apuntada por DE CASTRO, F., “El arbitraje y la nueva ‘Lex mercatoria’”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, fascículo 4, pp. 619-725 (recogido hoy en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, tomo II, pp. 1159 ss.; especialmente pp. 1195 ss. sobre la antigua y la nueva *lex mercatoria*).

<sup>651</sup> Cf. *in extenso* SCHMIDT-ASSMAN, E., “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, cit. y, del mismo autor, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, en especial pp. 100 ss.



las observaciones relativas a la parte general, y aun dentro de ella a las que ahora importan más, se puede decir con el citado autor que las nuevas perspectivas e instituciones del Derecho administrativo<sup>652</sup> “habrán de constituir un conjunto normativo mucho más complejo y poliédrico”, que puede resumirse en estas transformaciones:

- “El sometimiento a la Ley y la legitimación democrática del Ejecutivo no pueden seguir entendiéndose como una mera relación lineal o de causalidad desde arriba hacia abajo, sino como un proceso mucho más complejo, en el que se producen también efectos inversos a nivel horizontal.
- La organización administrativa no puede concebirse como una simple unidad encerrada en sí misma, no abierta hacia el exterior, y jerárquicamente articulada en su interior, sino como un conjunto de diferentes fórmulas organizativas (autoridades, agencias, instituciones, empresas públicas, etc.).
- Para determinar la conformidad o no al Derecho de la acción administrativa no basta con la tradicional perspectiva del control jurisdiccional, sino que es necesario aun antes situar el control en la perspectiva de la acción administrativa.
- La actividad administrativa dotada de autoridad convive con la actividad sujeta al Derecho privado; la decisión unilateral coexiste con el acuerdo; la actividad formal, con las actuaciones de la Administración de carácter informal”<sup>653</sup>.

Si la última de las características que se apuntan enlaza directamente con los contenidos y con el acercamiento Derecho público-Derecho privado que antes ha sido objeto de comentario, es preciso detenerse ahora brevemente en los cambios que afectan a la

---

<sup>652</sup> Concebido como “el espacio de los actos jurídicos necesitados de legitimación” y partiendo del postulado de éste como ciencia de la dirección (cf. el trabajo citado antes en primer lugar, pp. 32 ss. y 37 ss.).

Es obvio que no puede simplificarse en dos trazos todo el intento de renovación del Derecho administrativo que emprende este autor. Sin embargo, sí puede decirse que la primera nota que ahora se destaca (Derecho administrativo como espacio de la competencia, de los actos jurídicos necesitados de legitimación) en modo alguno es un intento simplista de resolver una vieja polémica sostenida en nuestro Derecho, a propósito del objeto definidor del Derecho administrativo. De hecho, el propio SCHMIDT-ASSMAN parte tanto de un criterio que podría llamarse estatutario o subjetivo —“[e]l Derecho Administrativo se interesa por todas las relaciones jurídicas en las que al menos una de las partes sea la Administración pública”— como de otro objetivo, aunque éste en un sentido novedoso —“en la actualidad, la delimitación que más interesa no es la que concierne a la frontera de los tres poderes clásicos del Estado, sino la que separa la autoorganización social de la organización estatal, es decir, la que atiende, no a las funciones del Estado, sino a la relación entre el Estado y la sociedad (...) [G]racias a ella se acentúa, desde el punto de vista del Derecho, la disociación entre las ideas de competencia y de libertad: la acción estatal está siempre urgida a la legitimación; la acción individual y de la sociedad, por el contrario, se producen y nacen de sí mismas” (*ibidem*, pp. 32-33).

<sup>653</sup> *Ibidem*, pp. 38-39.

organización de la Administración y a la sujeción de ésta a la Constitución y a la ley. Ante todo, una de las premisas del Derecho administrativo como ciencia de la dirección es que "el Estado no es el único actor en la arena política y (...), con frecuencia, no es ni siquiera el actor dominante o principal, puesto que también lo son otras instancias soberanas que actúan en un sistema multinivel (europeo); así como las empresas, asociaciones, grupos de intereses y otros representantes de la sociedad civil"<sup>654</sup>.

Una segunda transformación, o acentuación de una nota tradicional en un sentido diverso y decisivo, es la que afecta a la "constitucionalización del Derecho administrativo", que no quiere decir sino atención a las consecuencias que de hecho producen en el ordenamiento administrativo las cláusulas del Estado de Derecho, del principio democrático y del Estado social. La primera implica que, más allá de una dimensión objetiva –ordenación a través del Derecho–, cobra hoy relieve la dimensión subjetiva de protección de las situaciones jurídicas individuales<sup>655</sup>, si bien a través de instrumentos de tutela y garantía diferentes de los propios del Estado liberal de Derecho: "el problema surge cuando la premisa se desvirtúa y no concurren esos presupuestos [que es posible individualizar los intereses y predeterminar las resoluciones] porque los intereses en juego poseen un carácter difuso y poliédrico, como consecuencia de la multiplicidad de afectados con intereses contrapuestos (...). A tal propósito, se ha de dirigir la mirada del Derecho Administrativo hacia los procesos que se localizan en lo que se podría determinar 'nivel intermedio', esto es, en aquellos ámbitos

---

<sup>654</sup> *Ibidem*, p. 43. La idea surge al hilo de la noción de gobernanza y conecta bien, como es notorio, con las tesis de GALGANO que antes se vieron.

Lo que es más importante, estas "estructuras reguladoras" proporcionan una nueva óptica de la *teoría de las fuentes del Derecho*, como explica SCHMIDT-ASSMAN siguiendo a TRUTE: "Según nos consta, este tema ha merecido siempre en los manuales o tratados de Derecho Administrativo un tratamiento especial. Y, sin embargo, no se explica más que un segmento o pequeño fragmento de las normas que conforman la realidad de la Administración, porque de ordinario la teoría dominante se queda en una visión excesivamente 'jerárquica' y 'centrada en el Estado'. Deja fuera otros elementos y perspectivas. No sireve entonces para sistematizar y ordenar el conjunto de estratos o niveles jurídicos propios de un sistema multinivel; y, menos aún, para incorporar la distinción entre Derecho 'duro' y 'blando'". *Vid.* también TRUTE, H. H., "Die demokratische Legitimation der Verwaltung", en *GLVwR*, vol. I, § 6, núm. marg. 42 ss.

<sup>655</sup> Lo que a su vez conduce, como magistralmente advierte SCHMIDT-ASSMAN, no sólo a una *subjetivización* ("basta con que la legalidad objetiva reconozca implícitamente algún interés individual digno de protección para que pueda hablarse de un derecho subjetivo"), sino a una *individualización* que más arriba ha sido ya notada en diversas ocasiones: ello explica, en efecto, "el notable éxito que han alcanzado la proporcionalidad, la razonabilidad y la equidad en el ordenamiento jurídico-administrativo" (*ibidem*, pp. 54-55).

infralegales en los que las constelaciones de intereses se pueden estructurar mejor a través de distintas fases del procedimiento antes de la adopción de la decisión definitiva”<sup>656</sup>.

Y, por lo que hace a la influencia del principio democrático, se refleja muy intensamente en las formas de legitimidad de las Administraciones independientes, como fue objeto de estudio en el capítulo anterior. Junto a la legitimidad institucional y funcional, característica de la posición que la Constitución ha otorgado al Ejecutivo subrayando su identidad ante los poderes Legislativo y Judicial, SCHMDIT-ASSMAN, siguiendo en este punto a TRUTE, diferencia entre legitimidad de carácter material y de carácter organizativo o base personal (cadena de nombramientos) como “legitimación democrática en sentido estricto”<sup>657</sup>, si bien matiza que debe entenderse en la actualidad de forma más plural, siendo así que la doctrina postula dos cosas: “que se reconozca la pluralidad de sujetos que están dotados de legitimidad; y que el concepto de ‘pueblo’ no se fundamente en una supuesta unidad, sino que se construya desde la perspectiva que ofrecen los derechos de libertad y la dignidad humana”. Este “concepto de legitimación democrática que se caracteriza por su dimensión plural y procedimental” se observa por el autor en un giro en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que se manifiesta en dos sentencias de 2002 y 2004.

En la primera, se limita la estricta concepción de la legitimidad democrática a la Administración local y a la Administración directa del Estado. “En otros ámbitos de la Administración, por el contrario, el principio democrático se puede estructurar de un modo distinto. En efecto, subraya el Alto Tribunal, cabe concebir otras formas de legitimación del poder que se separan de la idea de la necesaria cadena de transmisión (...) Sin embargo, para dotar de legitimidad a otros sujetos, es necesario que el legislador democrático fije previamente y con el suficiente gardo de detalle sus competencias y potestades y establezca su sujeción a algún género de control”.

---

<sup>656</sup> Igualmente esta faceta ha sido ya puesta de relieve en nuestro Derecho, normalmente con ocasión de las exigencias de procedimiento en la actuación de los organismos reguladores: así, MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, *cit.*, pp. 155 ss., sobre la transparencia o claridad en el procedimiento de actuación y adopción de decisiones de aquéllos.

<sup>657</sup> Cf. *ibidem*, pp. 58-60 y TRUTE, *cit.* Las dos sentencias de referencia del Tribunal Constitucional Federal son de octubre de 1990: BVErfGE 83, 37 ss. y 60 ss.

De otro lado, en la sentencia de julio de 2004, relativa a las organizaciones dotadas de autonomía funcional, el Tribunal Constitucional ha puesto el énfasis en los aspectos procedimentales, afirmando que el fenómeno de la autoadministración y el principio de autonomía hunden sus raíces en el principio democrático y que, por tanto, ha de hacerse posible la participación de los grupos sociales, bajo su propia responsabilidad, en la ordenación de los asuntos que les afecten. La ley, dice el Tribunal, "debe asegurar la oportuna participación de los miembros de la respectiva profesión en la formación de la voluntad de la institución a través precisamente del establecimiento de un procedimiento de toma de decisiones adecuado"<sup>658</sup>.

Por último, otra de las principales facetas que justamente quedan afectadas por esta innovación sistemática, según se ha visto, es la relativa al control. Se pasa aquí de la centralidad del control judicial a una teoría integral del control, en el sentido de que, en la dinámica tradicional, "el proceso fragmenta necesariamente la realidad; contempla desde una visión más estrecha la completa constelación de intereses y el contexto más amplio en el que se sitúan". "La teoría de los controles ha de ser concebida, pues -afirma SCHMIDT-ASSMAN- con mayor amplitud, para inserta en su seno el análisis económico de la acción administrativa; el control financiero; el control de la opinión pública y de los ciudadanos mediante su participación; el control a que somete la Comisión europea a las

---

<sup>658</sup> Cf. SCHMIDT-ASSMAN, E., "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", *cit.*, pp. 60 ss. Las sentencias citadas son BVerfGE 107, 59 (91 ss.) y BVerfGE 111, 191 (216).

En cualquier caso, respecto de la segunda sentencia, el precedente no es tan claro por referirse a formas de autoorganización funcional, ámbito típico en Alemania de una legitimidad diferente, como recuerda el propio SCHMIDT-ASSMAN: "Otra cosa es el fenómeno de la denominada autoadministración funcional, puesto que aquí no estamos ante autoridades, sino ante Corporaciones con una base de legitimación propia" (p. 60).

En parte conecta con ello, por último, la forma de legitimidad característica de la autonomía local. Por tratarse de un "segundo impulso [de legitimidad] de naturaleza típicamente administrativa", plantea "un problema fundamental en punto al proceso democrático de toma de decisiones. Se trata, en efecto, de la tensión dialéctica que se genera entre la idea de democracia, de acuerdo con la cual los afectados han de participar en las decisiones del poder público, y la necesaria calidad de esas decisiones, lo que obliga por su parte a que el contenido de éstas sea capaz de sustraerse a los concretos intereses específicos que pueda haber en juego (...). Una expresión de este fenómeno se encuentra en *la misma dogmática que se ha ocupado de sistematizar las diferentes clases de reserva de ley en contraposición a la potestad normativa (reglamentos, ordenanzas) de la que disfrutaban los Entes Locales en el ejercicio de su autonomía*" (*ibidem*, p. 63; cursiva nuestra).

Administraciones nacionales; etc. Estos mecanismos no son irrelevantes, han de formar parte del Derecho Administrativo”<sup>659</sup>.

Un intento acabado en nuestro Derecho de construir una teoría sistemática del control corresponde a SANTAMARÍA PASTOR, quien diferencia entre el sistema de recursos, los llamados controles preventivos y los controles parlamentarios. Especialmente entre los segundos, destaca la necesidad de hacer compatibles “valores diversos: de una parte, el ajuste al Derecho de la medida que trata de adoptarse, al objeto de prevenir conflictos jurídicos innecesarios y de evitar que la Administración comprometa su responsabilidad (patrimonial o de otro orden) frente a terceros; de otra, la eficiencia económica de la decisión, esto es, si el gasto que la Administración se propone realizar es el más adecuado desde el punto de vista de la obtención del mayor beneficio para los intereses públicos que tiene confiados; en tercer lugar, la coherencia de la medida administrativa con el programa político del Gobierno (...); y, por último, lo que podría llamarse oportunidad de la decisión, esto es, la previsión acerca de la incidencia que la medida a adoptar vaya a tener sobre los intereses de terceros (...), las reacciones a que puede dar lugar y su repercusión en los medios de comunicación”.

Ahondando en el papel del asesoramiento económico, en particular, precisa que, más allá del insustituible papel de la Intervención, de la auditoría interna y de la ordenación contable, es preciso formalizar y racionalizar estas formas de control: “El gasto público posee unas reglas de oportunidad y racionalidad intrínsecas que exceden notoriamente de la legalidad presupuestaria, cuya observancia estricta no es garantía suficiente para asegurar la eficiencia del gasto. Una adecuada administración de los fondos públicos (que la Constitución, además, impone en su artículo 31.2) exigiría que los titulares de los órganos superiores de la Administración dispusieran de un asesoramiento financiero permanente y previo a la toma de decisiones: el acierto en la decisión del gasto no se consigue meramente con la constancia de crédito sobrante en los presupuesto (por más que esta constancia formal sea

---

<sup>659</sup> Cf. *ibidem*, pp. 82 y 84.

inexcusable), ni basta para asegurarla el buen criterio personal del órgano político que adopta la decisión”<sup>660</sup>.

## **B. Los controles jurídicos de la legalidad**

§ Con todo, el acercamiento a la cuestión del control sobre la actividad de las Administraciones independientes sigue en buena medida encauzado conforme a los criterios tradicionales, esto es ha de plantearse de acuerdo a los mecanismos que corresponden a los poderes del Estado: “el Poder Legislativo, el Gobierno, el Poder Judicial, además del control económico y financiero desarrollado por órganos constitucionales como el Tribunal de Cuentas. Al margen queda, aunque no en un segundo plano de menor importancia, el control social o difuso”<sup>661</sup>. Así, el control parlamentario dispone a su vez de varios instrumentos (comparecencias, remisión de informes a las Cámaras) que tratan de ser reforzados en la actualidad; en tanto que el control por parte del Gobierno se instrumenta esencialmente mediante el nombramiento y la limitada remoción de los cargos de estas Administraciones<sup>662</sup>. En lo relativo al control económico y financiero, todos los organismos reguladores independientes están sometidos al control de la Intervención General de la Administración del Estado y del Tribunal de Cuentas, a excepción del Banco de España, que sólo queda sujeto a este último<sup>663</sup>.

---

<sup>660</sup> Cf. Además, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas”, en VVAA (dir. F. Sáinz Moreno), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 179 ss.; especialmente, pp. 202-204 que se citan en el texto.

Sobre el papel de la eficiencia, cf. BEHRENS, P. VON, „Aspekte einer Okonomischen Theorie des Rechts“, *Rechtstheorie* 12 (1981), pp. 472 – 490 y GONDRA, J. M<sup>a</sup>., “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (a propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la ‘eficiencia económica’)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 226 (octubre-diciembre 1997), pp. 1545-1672.

<sup>661</sup> Cf. BETANCOR, *Regulación*, *cit.*, pp. 368 ss., para la exposición del tema que sigue en el texto.

<sup>662</sup> *Vid. supra* para todos estos aspectos lo dicho en el Capítulo III.

<sup>663</sup> Por su parte, el control de la Intervención sobre la CNMV es un control de eficiencia en el manejo de los caudales públicos (artículo 14, apartado 9, de la LMV: “El control económico y financiero de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se llevará a cabo exclusivamente mediante comprobaciones periódicas o procedimientos de auditoría, a cargo de la Intervención General de la Administración del Estado, sin perjuicio de las funciones que correspondan al Tribunal de Cuentas”).

En cuanto organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, para el ICAC no existen especialidades de control por la Intervención, respecto de lo previsto con carácter general por la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (artículo 50 de la Ley 6/1997, de 14 de abril) y la Ley General Presupuestaria (artículo 140.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, conforme al cual corresponde a la IGAE “el control interno de la gestión económica y

§ El control parlamentario ha sido objeto de un tratamiento de cierta detalle en la Ley de Economía Sostenible (LES), como ya se vio en el Capítulo III, apartado V.D.3, al que ahora se ha de remitir *in extenso*.

§ Interesa ahora recordar el llamado “control jurídico” por el Gobierno a través de recursos administrativos, que se prevén expresamente en las leyes de creación de alguna de estas entidades: es el caso del Banco de España (en todo lo no relativo a la política monetaria: artículo 2, apartados 2 y 3, LABE) y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (por lo que hace a las resoluciones en materia sancionadora y en materia de intervención y sustitución de administradores: artículo 16 LMV).

Respecto a la Comisión Nacional de Energía, estaba previsto de forma tradicional en la LSH el llamado recurso de alzada impropio en el desarrollo de sus funciones (con excepción de las referidas a la resolución de conflictos en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte, y a las circulares de información). Esta previsión fue ampliamente criticada por la CNE en su Informe al Anteproyecto de Ley 17/2007, de modificación de la LSH, en el que se sugería su supresión a fin de reforzar la independencia de la Comisión, de modo que todas las decisiones de ésta pasasen a agotar la vía administrativa. E igualmente por la mayoría de la doctrina, que veía en esta nota una inadmisibile merma de su carácter independiente<sup>664</sup>.

La LES ha venido a terminar con la forma de control en que consistía este recurso administrativo, disponiendo –de una parte- con carácter general que “los actos y resoluciones del Organismo Regulador [entre ellos la CNE] dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora” (artículo 22) <sup>665</sup>.

---

financiera del sector público estatal, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle”).

<sup>664</sup> Entre otros, BACIGALUPO SAGGESE en “El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”, *Noticias de la Unión Europea*, cit., pp. 21-22 y GALLEGU ANABITARTE, A. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>, “La nueva regulación del mercado del gas natural”, cit., p. 60.

<sup>665</sup> Sobre la regla idéntica contenida en el anteproyecto, opinó el Consejo de Estado (dictamen número 295/2010 ya citado) que “esta previsión, recogida en la presente Ley y definida, por lo tanto, como regla común a los organismos reguladores a que se refiere, resulta especialmente adecuada, dado que la posibilidad de un recurso en vía administrativa ante los órganos del Ministerio correspondiente

Además, su disposición final trigésima tercera, apartado 6, da nueva redacción a la DA 11ª de la LSH, cuyo punto 5 del apartado tercero establece hoy: "Los actos y resoluciones de la Comisión Nacional de la Energía dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora".

La reforma, en cambio, ha quedado incompleta pues la previsión de que todos los actos, disposiciones y resoluciones de dicha entidad pueden ser, por ello, directamente impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no se ha llevado con la debida claridad a la DA 4ª de la LJCA, como luego se analiza con detalle.

§ Por último, otra vertiente de este control que no puede ser desechada, dice BETANCOR, "es la de la jerarquía normativa. Ésta es la regla que ordena la relación entre los Reglamentos del Gobierno y los de los organismos reguladores que tienen [atribuida] la potestad reglamentaria. Si esta potestad, como sucede en algún caso, ha de ser delegada (su ejercicio) por obra de aquéllos, tenemos una doble vía de control: i) la de la subordinación jerárquica y ii) la habilitación (delegación) de su ejercicio. El resultado es una notable compresión del ámbito normativo en manos del regulador que, además, está siempre disponible por el reglamento del Gobierno. Éste podría aprobar un nuevo reglamento que, por aplicación del principio de jerarquía, provocaría la derogación de las normas inferiores contradictorias con la nueva y superior"<sup>666</sup>. De lo que pone como ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero y 8 de marzo de 2006, en materia de circulares de la CMT, que fueron objeto de estudio con anterioridad.

## **C. Las normas de las Administraciones independientes ante la jurisdicción contencioso-administrativa**

### **A. Caracterización general**

---

(como el previsto, por ejemplo, en la disposición adicional undécima de la Ley del Sector de Hidrocarburos) podría menoscabar la independencia de los organismos reguladores".

<sup>666</sup> Cf. BETANCOR, *Regulación*, cit., p. 372.



*1. La disposición adicional cuarta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los distintos regímenes*

§ Sin duda la forma esencial de control sigue constituida, a día de hoy, por la que se ejerce a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. En línea de principio, no existen peculiaridades reseñables como tales en la legislación, que atribuye como regla la competencia para conocer de los recursos jurisdiccionales frente a las Administraciones independientes a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; sin que los restantes aspectos se aparten tampoco del régimen general, como precisa O. GONZÁLEZ<sup>667</sup>.

Sin embargo, ya en este primer punto deben hacerse algunas precisiones y aclaraciones. Ante todo, la vigente disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) reza así en sus diversos apartados, por lo que ahora nos interesa:

“Serán recurribles:

1. Los actos administrativos no susceptibles de recurso ordinario dictados por el Banco de España y las resoluciones del Ministro de Economía y Hacienda que resuelvan recursos ordinarios contra actos dictados por el Banco de España, así como las disposiciones dictadas por la citada entidad, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de conformidad con lo dispuesto en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.
2. Los actos administrativos no susceptibles de recurso ordinario dictados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y las resoluciones del Ministro de Economía y Hacienda que resuelvan recursos ordinarios contra actos dictados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como las disposiciones dictadas por la citada entidad, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.
3. (...)
4. (...)
5. Los actos administrativos dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las

---

<sup>667</sup> Cf. su intervención, centrada en la CNE, en la mesa redonda sobre “El control judicial de las decisiones de los reguladores”, publicada en VVAA [coords. M. Serrano González, M. Bacigalupo Sagge], *Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 253 ss.

Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo de Universidades y Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

7. Las resoluciones administrativas dictadas por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, que resuelven recursos de alzada contra actos dictados por la Comisión Nacional de Energía, así como las disposiciones dictadas por la citada entidad, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional”.

En primer lugar, la técnica jurídica seguida por esta disposición es discutible, habiéndose puesto de relieve por la doctrina distintas deficiencias, hasta el punto de afirmar que se trata de un precepto “desconcertante”<sup>668</sup>. Desde este punto de vista, se formulan diversos reparos a la ubicación sistemática de la regla, que podría haberse incluido junto a la enumeración de las competencias de la Sala de la Audiencia Nacional (artículo 11); así como a la terminología, que de forma reiterativa se refiere al conocimiento por dicha Sala “en única instancia” –regla general en cuanto a los recursos en que dicho Tribunal conoce directamente contra actos y disposiciones de una Administración- y a otros aspectos (la alusión también reiterada a la recurribilidad “directa” de los actos, que sin embargo convive con otros supuestos de impugnación de los actos resolutorios de recursos), etc.

Si se atiende retrospectivamente a las versiones iniciales de la misma norma, tratando de rehacer el *iter* legislativo que ha seguido, el cúmulo de deficiencias es aún mayor o al menos no da cuenta del sentido de algunas de los cambios introducidos: así, la supresión de la mención del ICAC en el apartado 7 por Ley 13/2009, sobre lo que se volverá; o la corrección, sólo llevada a cabo por dicha ley, de la obsoleta referencia a la “Comisión del Sistema Eléctrico Nacional” en el apartado 5; entre otros.

§ Analizando hoy el precepto, sincrónicamente (la última reforma ha sido llevada a cabo mediante Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), cabe encontrar algunos aspectos positivos – se ha suprimido el apartado 6, cuya regla se repetía en forma más actualizada por el 7- si bien abundan aún las incoherencias. Las más

---

<sup>668</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Comentario a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2010, p. 1355.

llamativas hacen referencia al mantenimiento en los apartados 1 y 2 de la terminología anterior a la Ley 4/1999 del "recurso ordinario" (siendo así que los restantes apartados emplean ya la vigente denominación de recurso de alzada) y al régimen de la Comisión Nacional de Energía (apartados 5 a 7), sobre el que se volverá inmediatamente.

En efecto, de esta disposición adicional cuarta se derivan hoy tres grandes tipos de regímenes de impugnación (a los efectos que interesan en este estudio):

i) El propio del Banco de España y de la CNMV. A salvo los defectos terminológicos, los apartados 1 y 2 regulan precisamente la posibilidad de recurso: a) frente a actos de tales entidades, distinguiendo a su vez según se trate de aquellos no susceptibles de recurso en vía administrativa o bien que la hayan finalizado mediante resolución del Ministro, que sería así la impugnable; b) frente a "disposiciones" dictadas por estos supervisores, que abren en todo caso la posibilidad de impugnarlas en la vía jurisdiccional.

ii) El silencio actual sobre el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, explicable por la diferente forma jurídico-organizativa de éste, lleva a remitir su régimen de impugnación a la regla sobre competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para conocer en primera o única instancia "de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional" [artículo 9.1.c) LJCA]<sup>669</sup>.

iii) El régimen previsto por el apartado 5 para las restantes Administraciones independientes (idéntico al establecido para la CNC por el apartado 3) es del siguiente tenor: "Los *actos administrativos* dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, (...)

---

<sup>669</sup> Si bien no puede dejar de observarse que la reforma de esta disposición adicional mediante Ley 13/2009 (de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial), por la simple vía de omitir en adelante la mención del ICAC, supuso así modificar "tácitamente la competencia jurisdiccional para conocer de los recursos contra sus actos" (cf. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Comentario a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*", cit., p. 1358).

Consejo de Seguridad Nuclear (...) [serán recurribles] directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional”.

Al no existir regla sobre el régimen de impugnación de sus disposiciones o normas reglamentarias, se entiende que es idéntico al previsto para sus actos (actos de carácter normativo, en una interpretación integradora necesaria, aunque sistemáticamente poco convincente desde el momento en que el precepto hace distinciones sobre el particular en otros apartados). Así se ha entendido en la práctica respecto a las circulares de la CMT y las Instrucciones de la AEPD, como se ve en las resoluciones judiciales que luego son objeto de estudio.

Todavía en la vigente redacción es impreciso el régimen de la Comisión Nacional de Energía, prolongando la cadena sobre la falta de claridad jurídica de las disposiciones que a ella se han referido. Mientras que el apartado 5 claramente la incluye entre aquellas entidades cuyos actos ponen fin a la vía administrativa –lo que, como se explica seguidamente, es obligado a la vista de las reglas sustantivas que la propia Ley modificadora (de Economía Sostenible) introduce en su funcionamiento-, se ha mantenido sin embargo lo previsto por su apartado 7, que diferencia entre las resoluciones administrativas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que resuelvan recursos de alzada contra actos dictados por la CNE y las disposiciones de ésta, susceptibles de directa impugnación jurisdiccional.

Esta última distinción provenía, a su vez, de la Ley 13/2009 y venía a suponer una ampliación respecto de lo previsto en la LSH (disposición adicional 11ª, apartado tercero.5), la cual sólo otorgaba el carácter de firmes en la vía administrativa a “las circulares que se refieran a materia de información”.

Sin embargo, a partir de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que establece directamente una regla sobre el particular (artículo 22) y modifica la citada disposición adicional 11ª LSH, parece claro que, no sólo las disposiciones –sean circulares ordinarias o relativas a información-, sino que también todos los actos y resoluciones de la CNE ponen fin a la vía administrativa y pueden ser directamente impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. No dejan lugar a la duda el tenor del mencionado

artículo 22 de la Ley 2/2011, que remite a su Ley reguladora, ni la vigente disposición adicional 11ª.tercero.5 de la LSH, que reza: "Los actos y resoluciones de la Comisión Nacional de la Energía dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora".

En definitiva, por lo que hace a la CNE lo adecuado hoy sería entender vigente esta disposición adicional cuarta de la LJCA en su apartado 5 (si bien habría de considerarse hecha respecto de ella, como en general sucede con las Administraciones independientes distintas del Banco de España y la CNMV, la precisión relativa a que dicha regla se refiere tanto a sus actos como a sus disposiciones administrativas de carácter general).

*2. La posición cuasiarbitral de estas entidades en los conflictos entre Administración y administrado: el peso de sus informes*

Pueden extraerse ciertas conclusiones de carácter general del estudio de la jurisprudencia recaída sobre Administraciones independientes. En primer término, parece claro que la revisión jurisdiccional de la actuación de estas entidades presenta singularidades en atención a la naturaleza de su función, la propia de "un organismo regulador en un mercado abierto", de modo que, como ha considerado M. PACHECO, "sus decisiones son en muchas ocasiones de verdadero arbitraje y que, por lo tanto, se asemejan a lo que es una primera instancia judicial. No estamos hablando de una Administración que desarrolla una actividad que le es propia [en el sentido de estarle tradicionalmente atribuida], sino que realmente está resolviendo un conflicto entre dos operadores del mercado. Incluso en aquellos casos en que formalmente esto no es así, el efecto reflejo que tiene una decisión de un organismo regulador en el resto de los integrantes del mercado es evidente. Cuando se pone una sanción, cuando se autoriza por la Comisión Nacional del Mercado de Valores una emisión de bonos o una salida a bolsa, es evidente que esta resolución está afectando a los demás competidores en este mercado. Pero además (...) no sólo afecta a los demás operadores, sino a los ciudadanos en general porque están limitando, están condicionando su actuación en el mercado".

Entre otras facetas de indudable relevancia práctica, se manifiesta lo anterior en el peso de los informes emitidos por estas Administraciones, los cuales, frente al peritaje de parte, constituyen “informes técnicos que están incluidos en un expediente administrativo y pertenecen a un órgano regulador que es independiente, que tiene una función específica y que actúa no defendiendo unos intereses de la Administración en sentido estricto, sino como árbitro, como regulador de un mercado en el que intervienen una serie de operadores”<sup>670</sup>.

En un examen analítico de la jurisprudencia, una primera constatación respecto de tales informes es la que extrae BETANCOR RODRÍGUEZ, diciendo que, en línea de principio, suele destacarse el carácter independiente de las entidades que los emiten “a los efectos de deducir ciertas consecuencias jurídicas en el marco de la argumentación desarrollada para resolver la controversia suscitada” (así, sentencias del Tribunal Supremo [TS] de 10 de junio de 2009 respecto de la CNE, y de 23 de mayo de 2005 y 25 de noviembre de 2008 respecto de la CNMV). Avanzando un paso más, y por comparación con lo que sucede con la doctrina de la *deference* en los EEUU, la consecuencia que se extrae de tal afirmación no es la de la deferencia, sino la del control estricto de la legalidad (“es la conclusión de un Tribunal con jurisdicción plena no modulada por la independencia ni por la cualificación técnica del organismo regulador”). Es más, de existir tal deferencia, sería la que se aprecia a favor de la Administración y en contra de los reguladores, de modo que tales informes “son la prueba definitiva de que no se ha incurrido en arbitrariedad cuando (...) respaldan las medidas adoptadas por la Administración” (SSTS de 10 y 17 de junio de 2009 por lo que hace a la CNE, entre otras), mientras que se les niega virtualidad jurídica decisiva cuando sirven de apoyo a la pretensión invalidante de actos y reglamentos de la Administración (también por referencia a la CNE, SSTS de 22 de junio de 2004 y 2 de febrero de 2005, entre otras)<sup>671</sup>.

De mayor interés al objeto de nuestro estudio es, sin duda, el acercamiento a la jurisprudencia que pone de relieve la doctrina constitucional sobre la especialización del sector, para justificar de esta forma la habilitación por ley de potestad reglamentaria a estos

---

<sup>670</sup> Cf. PACHECO, M., en “El control judicial de las decisiones de los reguladores”, *cit.*, pp. 269 y 275.

<sup>671</sup> Cf. BETANCOR, *Regulación*, *cit.*, pp. 516 y 529-543.

entes (cf. *supra* lo sentado por las SSTs de 20 de diciembre de 2004 y 1 de febrero de 2006, respecto de la CMT). E igualmente las consecuencias que se extraen de la caracterización de alguna de estas Administraciones independientes como entes reguladores que protegen la libre competencia, y el deslinde de sus funciones respecto de las generales de la Comisión Nacional de Competencia (sobre ambos aspectos, de nuevo por referencia a la CMT, SSTs de 8 de julio, 1 de octubre y 12 y 17 de diciembre de 2008)<sup>672</sup>.

### 3. *Las técnicas de control sobre las habilitaciones normativas*

En fin, es posible situar alguna de las características emanadas de esta jurisprudencia como propias de la renovación del control jurisdiccional (y de otras formas de control) que se advertía al comienzo de este epígrafe.

§ Así, en un primer momento, por lo que se refiere al control de la discrecionalidad. Se erige en materia clave el análisis de las habilitaciones con que cuentan las Administraciones reguladoras, y entre ellas las que otorgan potestades específicamente normativas. A diferencia de nuevo de lo que sucede en el Derecho norteamericano, donde es esencial al propio sistema la fijación clara por ley de los estándares y principios de la delegación (cf. *in extenso* Capítulo II), no se ha planteado en nuestro ordenamiento dicha exigencia. Ello es debido, en parte, a la existencia de coordenadas constitucionales bien diferentes: democracia de partidos y coincidencia sustancial entre Gobierno y mayoría parlamentaria, "que hacen posible, más allá de lo deseable, que las habilitaciones legislativas de potestades alcancen unas intensidades inferiores" a las que existen en el sistema estadounidense (BETANCOR). Pero no deja de ser llamativo que, junto a la amplitud del objeto de la revisión, se otorgue un parámetro legislativo de control de gran fragilidad: "En nuestro caso, el legislador no llega a prohibir la revisión de ciertas actividades de las Administraciones, pero sí quiere que el organismo regulador disfrute de una importante discreción, por lo que la debilitación del parámetro legislativo coloca en una difícil y muy complicada situación llevar a cabo o desplegar el control judicial"<sup>673</sup>.

---

<sup>672</sup> *Ibidem*, pp. 522-529.

<sup>673</sup> Cf. BETANCOR, *Regulación*, cit., pp. 549-550.

Con todo, se ha de destacar siguiendo a MUÑOZ MACHADO que, en el punto relativo al análisis de las habilitaciones con que cuentan las Administraciones reguladoras a los efectos de establecer las normas que aprueban, “la jurisprudencia de nuestros Tribunales Supremo y Constitucional no ha alcanzado todavía los desarrollos que serían pertinentes”. Explica el citado autor, con detalle que merece ser reproducido, lo siguiente:

“Ya hemos visto que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano este parámetro o test de enjuiciamiento es absolutamente crucial: las decisiones de los reguladores sólo se justifican en la medida en que se apoyan en normas dictadas por el legislador y estas normas, además, contienen un programa regulatorio básico o mínimo que la Administración competente ha de desarrollar o completar, pero no crear desde sus fundamentos. Lo que exige la jurisprudencia indicada es que las normas que habilitan potestades de carácter discrecional tengan una densidad regulatoria adecuada, es decir que no se remitan en blanco a los organismos administrativos a los que encargan su ejecución. Si la ley no establece la regulación mínima que le corresponde, estaría renunciando a su función en beneficio del poder ejecutivo. Las aplicaciones administrativas de las normas tienen que ser previsibles y no deben permitir un ejercicio no igualitario o injusto. Los ciudadanos tienen derecho a poder adecuar su conducta a decisiones administrativas esperables y no sorpresivas o de contenidos extremadamente innovadores. El principio de la *lex certa*, que tiene aplicación para todas las regulaciones cuyo contenido es limitativo de los derechos, condiciona con carácter general la atribución de potestades discrecionales a la Administración. Si se exige claridad y previsibilidad o certeza al contenido de la ley, mucho más es exigible esta condición a la decisión administrativa cuando afecta a los derechos de los ciudadanos. No son en este sentido legítimas las competencias inconcretas que afectan a las libertades, porque resultan disuasorias de su ejercicio (...)”<sup>674</sup>.

- Una segunda nota es la que se refiere a la preponderancia práctica de la dificultad técnica de la materia objeto de revisión, hasta el punto de que “la discrecionalidad se confunde con dificultad técnica”. Por más que dogmáticamente se trate de categorías diferentes<sup>675</sup>, pueden encontrarse ejemplos en materia del sistema

---

<sup>674</sup> Cf. MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, *cit.*, p. 168.

<sup>675</sup> Las aclaraciones en esta línea son habituales. Por ejemplo, cuando se dice respecto de los reguladores que “es lógico dotarles o reconocerles una mayor discrecionalidad técnica. Es más, yo creo que en muchas ocasiones *aquí no estamos hablando de discrecionalidad técnica*, en el sentido jurídico de la palabra”. Se trata de “Administraciones a las que se les confieren unas potestades de intervención importantes (...) ya no tanto regladas sino discrecionales, y además con una gran discrecionalidad técnica, *no en el sentido tradicional de la discrecionalidad técnica*, sino porque abordan unas materias



financiero o de las comunicaciones electrónicas (SSTS 11 de octubre y 3 de noviembre de 2005, respectivamente) que acreditan la mayor frecuencia de soluciones desestimatorias –esto es, revisoras de la decisión del regulador o de la Administración que se encuentra en la base de aquélla- cuando se trata de enjuiciar “ámbitos *duros* de lo reglado”, como serían por antonomasia el de las sanciones administrativas y el de las autorizaciones<sup>676</sup>.

Por el contrario, cuando se trata del otorgamiento de habilitaciones normativas, “al movernos en el ámbito de la potestad reglamentaria, refulge con singular intensidad la tradicional discrecionalidad de esta potestad que, además, se ve retroalimentada por la dimensión técnica del asunto”, dice gráficamente BETANCOR respecto de la ya analizada STS de 10 de julio de 2007, en materia de telecomunicaciones<sup>677</sup>.

---

extraordinariamente complejas (...)” [Cf. respectivamente PACHECO, M. y LESMES, C., en “El control judicial de las decisiones de los reguladores”, *cit.*, pp. 271 y 278; cursiva nuestra]

<sup>676</sup> También lo ha observado MUÑOZ MACHADO, en un sentido similar: tras analizar el control de la discrecionalidad respecto de las habilitaciones, indica que “la exigencia de que las regulaciones legales que atribuyen facultades discrecionales tengan un contenido normativo suficiente, tengan la densidad normativa adecuada, se está aplicando con toda normalidad por la jurisprudencia en materia de limitaciones de derechos y, especialmente en materia de sanciones administrativas (...). Sin embargo, esta predeterminación normativa del contenido de las decisiones administrativas se ha impuesto menos veces por la jurisprudencia cuando se trata del desarrollo de competencias de carácter técnico que afectan a la organización de los mercados, como son las que ejercen los organismos de regulación económica. (...).

En el mismo orden de consideraciones –añade, completando la perspectiva de los instrumentos de control-, y para imponer la máxima previsibilidad posible en las decisiones que adopten las omisiones reguladoras, puede establecerse la solución técnica de exigir una autoprogramación administrativa de las decisiones, la autovinculación del propio órgano decisor, a los efectos de que los destinatarios de sus resoluciones puedan predecir con más certeza y seguridad los márgenes dentro de los cuales se puede mover la resolución administrativa. (...)

En fin, el control a través de la verificación de que la discrecionalidad que se otorga por la norma que atribuye la potestad es razonable, proporcionada y necesaria para alcanzar los fines que se persiguen se ha convertido en un criterio de control ordinario aplicado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (...)” [y a él hicimos referencia *supra*, al final del apartado I de este Capítulo, en un contexto diferente] (cf. MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, *cit.*, p. 169).

<sup>677</sup> También MUÑOZ MACHADO aduce esta última sentencia como ejemplo de lo que se dice en el texto: “En nuestra tradición jurídica, que en esto coincide en todo con la europea, se ha entendido siempre que la discrecionalidad técnica está exenta de control, al menos en cuanto que excluye que los criterios u opciones asumidos por el órgano administrativo al adoptar su decisión puedan ser sustituidos por los de un órgano judicial en sede contencioso-administrativa. El argumento aparece repetido en la jurisprudencia en muchas ocasiones, pero puede verse por ejemplo en la STS de 10 de julio de 2007, donde el Tribunal advierte que la interpretación de un precepto concreto de un reglamento que regula el servicio universal de telecomunicaciones ‘corresponde en primer lugar al regulador y no a los tribunales de lo contencioso’. Por ello, la revisión judicial es posible en los casos en que ‘resulte contraria a dicha regulación o que se revele como manifiestamente irrazonable o carente de sentido. Al margen de estas hipótesis ‘no puede un tribunal de esta jurisdicción sustituir el criterio técnico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por los criterios propuestos por un operador dominante o por otros hipotéticos

- En fin, es posible apreciar que, no obstante todos los avances en el plano de la formulación legal, en no pocas ocasiones se sigue operando materialmente con el esquema de las relaciones de especial sujeción “para admitir una libre o discrecional configuración por parte del regulador de la libertad [de empresa] de modo que pueda ocupar un lugar subordinado”. Lo que parece confirmarse con el “examen de la jurisprudencia en relación con los reguladores, [el cual] nos muestra la pobreza del razonamiento judicial cuando se trata de la libertad de empresa y de la evaluación de la legalidad de las medidas restrictivas sirviéndose del parámetro de la proporcionalidad”<sup>678</sup>.

## **B. La impugnación de las disposiciones normativas del Banco de España**

### *1. Notas generales y singularidades de postulación*

§ Se ha de partir del propio régimen jurídico establecido en la LABE. Su artículo 2 establece a estos efectos lo siguiente:

“1. Los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de las funciones previstas en la sección 1ª y el artículo 15 del capítulo II de esta Ley, así como las sanciones que, en su caso, se impongan como consecuencia de la aplicación de estas normas, pondrán fin a la vía administrativa.

2. Los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de otras funciones, así como las sanciones que imponga, serán susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda.

3. Sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los recursos contra actos no susceptibles de recurso administrativo dictados por el Banco de España y contra las resoluciones del Ministro de Economía y Hacienda que resuelvan recursos ordinarios contra actos dictados por el Banco de España”.

---

critérios formulados por la propia sala juzgadora, que debe atemperar su juicio a la comprobación de si los criterios empleados por el órgano administrativo son conformes a la ley y, dentro de la amplitud de ésta, razonables y no arbitrarios ni discriminatorios’ (otros ejemplos en las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007 y 8 de julio de 2008)” [*ibidem*, pp. 160-161].

<sup>678</sup> Cf. BETANCOR, *Regulación*, cit., pp. 584 ss. y las sentencias que allí se citan.

Esta última regla fue después reiterada por la disposición adicional cuarta de la LJCA (apartado 1, como se ha visto), de forma que –comenta PACHECO– coincide con la “adoptada por el legislador en torno al control jurisdiccional de los actos procedentes de otros reguladores (Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión del Mercado de Telecomunicaciones o Comisión Nacional de la Energía). Esto ha convertido a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el Tribunal de los reguladores, solución que presenta evidentes ventajas, en la medida en que la actuación de todos estos organismos presenta aspectos comunes que están recibiendo un tratamiento uniforme por la jurisprudencia”<sup>679</sup>.

Añade el citado autor una serie de consideraciones procesales de carácter marcadamente práctico, relativas a la extensión de la mencionada competencia jurisdiccional también al campo sancionador y disciplinario (por el juego de la LDIEC y el dato de que “solo serán revisadas directamente por el Tribunal Supremo las [sanciones] impuestas por el Consejo de Ministros, es decir, aquellas que supongan la revocación de la autorización, que tendrá un carácter excepcional”), al acceso a la casación y a la singularidad que de hecho presenta la postulación en muchos de estos casos, al ser habitual que el Banco de España se persone en los procedimientos judiciales con el carácter de codemandado, provocando “una situación de cierta desigualdad de armas ante el recurrente, en la medida en que intervienen en defensa del acto administrativo dos partes procesales”<sup>680</sup>.

## 2. Ojeada a la jurisprudencia en materia de entidades de crédito

---

<sup>679</sup> Cf. PACHECO MANCHADO, M., “La ordenación bancaria en la jurisprudencia”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, p. 158.

<sup>680</sup> Cf. *ibidem*, p. 159; añadiéndose a continuación que “[p]udiera argumentarse ante ello que esta situación se da siempre que en el proceso contencioso administrativo comparece un particular a favor del cual se derivan efectos beneficiosos del acto administrativo impugnado, pero este no es el caso que estamos examinando: piénsese que los intereses defendidos por el Banco de España y por el Ministerio de Economía y hacienda son los mismos intereses públicos o generales [...]” (p. 160). Ello plantea la cuestión mucho más extensa y delicada de los intereses que están en juego en la actuación de estos llamados reguladores económicos, que son públicos pero también a menudo extraños a la idea de un interés general de la Administración, al que pueden llegar a contraponerse (cf. *infra* Capítulo IX, apartado I.D.2).

§ Ya se hizo referencia en el Capítulo anterior [apartado III.B] a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005, que enjuició la Circular del Banco de España 4/1991 en relación con la cuestión de la preceptividad de la exigencia del dictamen del Consejo de Estado. En el análisis de esta sentencia se hizo hincapié en los problemas que podrían suscitarse desde el punto de vista de la habilitación a las potestades normativas de estas entidades y del desarrollo de las previsiones legales que con frecuencia llevan a cabo (y no sólo en el caso más obvio en que sean autorizadas *per saltum* por la ley para dictar tales normas).

Esta misma sentencia proporciona un buen ejemplo de una de las claves en el campo de la regulación económica, el esfuerzo por el control de la discrecionalidad, que –como se dice *supra* en este mismo Capítulo– se confunde en ocasiones con dificultad técnica. En el supuesto, relativo a cómo contabilizar el fondo de comercio de la sociedad cuya adquisición se pretende llevar a cabo mediante OPA, “el Banco de España debía decidir pero siempre con respaldo de un cierto juicio técnico” (BETANCOR<sup>681</sup>). El Tribunal razonó al respecto:

“[P]arece claro que para adoptar semejante decisión técnica en materia de contabilidad tanto el Banco de España, como entidad a la que corresponde supervisar el regular funcionamiento del sistema nacional de crédito, como a la Administración en su función de control de legalidad, disponen de un amplio margen de decisión para escoger la solución que consideren técnicamente más adecuada. Y toda vez que dicha decisión no incurra en una clara infracción de las normas contables aplicables o en un error manifiesto, o se trate de decisiones carentes de motivación que origin indefensión a los sujetos por ellas afectados, no pueden los Tribunales corregir semejante decisión. Se trata de un supuesto en el que tanto el Banco de España como la Administración han de valorar complejos datos tanto estrictamente técnicos (las normas contables que sean de aplicación) como de política económica (escoger el tratamiento contable que sea más adecuado a la confianza del sector crediticio y del sistema económico en general), circunstancia que le otorga un margen de discrecionalidad amplio, por mucho que se encuentre estrictamente acotado por el obligado respeto a las normas contables y por la necesidad de motivación.

En el supuesto al que nos enfrentamos y como ya ha sido dicho, tanto el Banco de España como el Ministerio de Economía y Hacienda fundamentan su decisión en un amplio informe técnico del que se deduce que el caso de adquisición por una empresa de las acciones de otra empresa participada por la primera no se encontraba expresamente contemplado por las normas

---

<sup>681</sup> BETANCOR, *Regulación*, cit., pp. 553-555.

contables aprobadas por el Banco de España; que, sin embargo, la norma más próxima, por analogía, era la relativa a las fusiones [la norma tercera, apartado 13 b)]; pero que finalmente, por razones tanto técnico-contables como relativas al interés público, jurídico y económico, resultaba preferible acogerse a la norma excepcional contemplada en la norma segunda, apartado 7".

§ En otro orden de consideraciones, que afectan decisivamente al contenido del poder normativo que se concede al Banco de España<sup>682</sup>, cabe atender a la enumeración que hace PACHECO MANCHADO sobre la jurisprudencia más frecuentemente recaída en estas materias: modificación de estatutos de un banco; oposición del Banco de España a la transmisión de un porcentaje significativo del capital de un banco; utilización de las denominaciones reservadas a entidades de crédito; designación de las entidades obligadas para desempeñar los deberes establecidos en la normativa sobre «recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras»; intervención de entidades de crédito; ejercicio de la potestad disciplinaria en materia de ordenación bancaria; las cajas de ahorro y a especial régimen jurídico: aplicación de la normativa básica estatal, cuotas participativas y fusión de cajas de ahorro; blanqueo de capitales<sup>683</sup>.

Como nota común a todas ellas, puede señalarse con el citado autor la "necesidad de salvaguardar el interés de los ciudadanos, dada la trascendencia que para toda la economía representa la actividad bancaria y crediticia"<sup>684</sup>; algo que conecta decididamente con la especialización funcional que está en el fondo del otorgamiento de autonomía a esta entidad, como explica BETANCOR RODRÍGUEZ: "la especialización técnica explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones de supervisión del sistema financiero en tanto que 'vértice del sistema crediticio y bancario' (STC 96/1996, de 30 de mayo; asunto del recurso de inconstitucionalidad contra la LDIEC). Ésta es la razón que

---

<sup>682</sup> En ese sentido se volverá *in extenso* sobre ello, al tratar sobre el contenido y control de los productos normativos de las Administraciones independientes, en el Capítulo X de este trabajo.

<sup>683</sup> Cf. las sentencias mencionadas en su trabajo "La ordenación bancaria en la jurisprudencia", cit., pp. 164-177.

<sup>684</sup> *Ibidem*, p. 177; con el interesante añadido relativo a que "la ordenación del sector bancario tiene una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico y es perfectamente conocida por los órganos jurisdiccionales. A ello contribuye el hecho de que los conceptos manejados en el ámbito bancario, aún teniendo un sustrato económico, son conceptos perfectamente definidos y regulados por el ordenamiento jurídico".

explica que resulte razonable y coherente que se le atribuya la emisión de juicios técnicos asociados al ejercicio de potestades de supervisión del sistema financiero (STC 235/1999, de 16 de diciembre)”<sup>685</sup>.

§ Por último, se observa en materia de ordenación bancaria la tendencia de la jurisprudencia a entrar con más detalle y asiduidad en los que cabe llamar ámbitos duros de lo reglado, como es por antonomasia el del Derecho sancionador. “El mayor número de sentencias –dice BETANCOR por lo que se refiere a los reguladores del sistema financiero- aluden a sanciones (43 en el caso del Banco de España y 7 en el caso de la CNMV) [...] Cuando se trata de sanciones impuestas por el Gobierno, pero tras la instrucción y propuesta del Banco de España, sólo ocho sentencias estiman el recurso y anulan totalmente la sanción, algo muy excepcional que se justifica por la omisión de principios esenciales del Derecho administrativo sancionador. En otros tres procedimientos, la Sentencia tiene un fallo de estimación parcial, por aplicación del principio de proporcionalidad”<sup>686</sup>.

Es de notar que, en estos últimos casos, la importancia del Derecho sancionador en materia de ordenación del crédito no es sólo, por así decir, cuantitativa sino también cualitativa. Entre los numerosos problemas planteados al respecto, PACHECO destaca uno sobre el que se volverá con más detalle en el último Capítulo de este trabajo: el de la posible colaboración del reglamento –incluyendo aquí las circulares del Banco de España- en la tipificación de infracciones y sanciones. “Sobre este extremo, dice el mencionado autor, pueden citarse las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de

---

<sup>685</sup> Cf. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 521.

<sup>686</sup> Cf. *ibidem*, pp. 614-615 y el Anexo de sentencias del Tribunal Supremo sobre actividades del Banco de España en relación con el sistema bancario (pp. 627-630), que arroja las siguientes cifras conforme a dos criterios de clasificación:

A) Ordenación material; a su vez: 1. Sanciones impuestas por el Consejo de Ministros o el Ministro de Economía en expediente instruido por el Banco de España [43]; 2. Otros acuerdos del Banco de España en materia de intervención y control [5]; 3. Responsabilidad patrimonial [1]; 4. Otros asuntos [1].

B) Ordenación en atención al contenido del fallo: 1. Desestimación del recurso, i. e. sentencias que confirman la resolución impugnada [39]; 2. Estimación del recurso [8]; 3. Estimación parcial del recurso [3]; habiendo recaído las once estimatorias o parcialmente estimatorias en materia sancionadora.

la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2005, 2 de enero de 2006 y 5 de mayo de 2008, en las que se señala que: «La referencia que efectúa el artículo 25 CE a «...la legislación vigente...» se interpreta pacíficamente como la exigencia de que las infracciones y sanciones sean fijadas por norma con rango de Ley, pero de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este punto, el principio de legalidad sancionadora no impide ni prohíbe que la norma legal que defina los tipos de ilícito se sirva para ello de conceptos abiertos y de remisiones a otras normas de inferior rango»<sup>687</sup>.

§ En definitiva, la cuestión crucial en todo el campo de la regulación económica se presenta también en materia bancaria, con unos perfiles propios y de conflictividad más escasa que en otros ámbitos: “[e]sta tesis coloca la legislación en el centro de la construcción doctrinal de la discrecionalidad. El alcance del margen de apreciación o libertad de la Administración, así como el del control de los Tribunales, van a depender de la programación que la ley haga de la potestad de la Administración” (BETANCOR<sup>688</sup>).

### **C. Control y régimen de impugnación de las circulares de la CNMV**

Según el artículo 16 LMV, “las disposiciones y resoluciones que dicta la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el ejercicio de las potestades administrativas que se le confieren en la presente Ley pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles en vía contencioso-administrativa”.

Hasta el momento ha sido presentado un recurso directo contra la Circular 1/2004, de 17 de marzo, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas. La sociedad recurrente pretendía la nulidad de la disposición ex artículo 62.2 de la LRJAP porque, a su juicio, incurría en extralimitación de la potestad reglamentaria y vulneraba el principio de jerarquía normativa del artículo 51 LRJAP. Al tiempo, se consideraba que la circular infringía

---

<sup>687</sup> Cf. PACHECO MANCHADO, M., “La ordenación bancaria en la jurisprudencia”, cit., p. 170.

<sup>688</sup> Cf. *Regulación: mito y Derecho*, cit., p. 545 (sobre lo que se vuelve con más detalle *infra*, en el último Capítulo).

la regulación de la potestad reglamentaria de la CNMV (artículos 15, 116 y 117 de la LMV), pues no contaba con la suficiente habilitación normativa y llegaba a contradecir el tenor de la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de noviembre de 2005 analiza la doctrina general sobre la habilitación a la potestad reglamentaria y su aplicación al caso concreto. Concluye (FJ 4º) que “tanto desde la perspectiva de la potestad reglamentaria en sí misma considerada como desde la óptica mucho más concreta de la habilitación contenida en el artículo 116.4 de la Ley del Mercado de Valores y en el apartado Primero 2 de la Orden ECO 3722/2003 forman parte integrante del ámbito de la Circular 1/2004 en la materia de informe de gobierno corporativo que ahora nos ocupa todos aquellos extremos que, respetando el contenido mínimo de ambas normas, explicitan reglas que en la Ley de Mercado de Valores están simplemente enunciadas y pueden aclarar y desarrollar en la medida que sea precisa (“*detallar*” dice la Orden) todos aquellos extremos que con arreglo a la Ley y la Orden deben integrar el informe anual de gobierno corporativo”; a la misma conclusión llega en el caso de la regulación de la página web como instrumento para difundir información relevante (en este caso, con apoyo en las autorizaciones previstas en el artículo 117.2 LMV y en el apartado cuarto de la Orden ECO/3722/2002).

El razonamiento sobre la “significación de la potestad reglamentaria” es más bien general: “la potestad reglamentaria no es, desde luego, incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las leyes (...) su validez o su ilegalidad [del reglamento objeto de impugnación, ha de determinarse] poniéndolo en relación con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico positivo y, como en este caso, tratándose de normas reglamentarias ejecutivas, con aquéllas que desarrollan, cual son aquí la Ley de Mercado de Valores y la Orden ECO 3722/2003 que se convierten así en el límite más inmediato y el parámetro referencial más próximo para calibrar su ajuste al Ordenamiento jurídico (...) La Circular 1/2004 puede explicitar reglas que en aquéllos estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de los mismos que sean



imprecisos, de suerte que puede ir más allá de ser puro ejecutor de las normas que desarrolla" (FJ 3).

Sobre el alcance de la habilitación normativa en la Ley del Mercado de Valores y en la Orden ECO 3722/2003, se dice en concreto que "el apartado 4 del artículo 116 de la Ley del Mercado de Valores, además de fijar claramente la finalidad del informe de gobierno corporativo (...) contiene una clara remisión a la potestad reglamentaria cuando dispone que 'el contenido y estructura del informe de gobierno corporativo será determinado por el Ministerio de Economía o, con su habilitación expresa, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores'. Por ello, lejos de constituir una habilitación escueta, parca o restrictiva -como sostiene la actora- recoge una verdadera remisión normativa que, presidida por la finalidad antedicha y con el contenido mínimo anteriormente aludido, encomienda a la potestad reglamentaria (...), nada menos que 'el contenido y estructura del informe', de modo que son amplios los términos de la habilitación, singularmente teniendo en cuenta los principios que presiden la 'Ley de Transparencia' y a los que más arriba también nos hemos referido". Además, en el número 2 del apartado primero de la Orden ECO/3722/2002, el alcance de la habilitación normativa "comprende 'detallar' todos y cada uno de los extremos del número 1 del propio apartado Primero de la Orden ECO 3722/2003, referidos al contenido y estructura del informe anual, amplísimos aspectos recogidos, al igual que ocurría en la Ley (bajo aquellas seis letras o apartados), con un mayor grado de concreción y desarrollo". Y por otra parte, "todavía es más claro, si cabe, el alcance de la habilitación a la potestad reglamentaria de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en cuanto se refiere a las exigencias de la página web" (como se dijo, según la autorización contenida en el artículo 117.2 LMV y en el apartado cuarto de la Orden ECO/3722/2002).

#### **D. La escasa conflictividad sobre las resoluciones del ICAC**

Contra las resoluciones del Presidente del ICAC, dice el artículo 4.3 del Real Decreto 302/1989, de 17 de marzo, por el que se aprueba el estatuto y la estructura orgánica de dicho organismo, "podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministerio de Economía y Hacienda, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa".

Ya se ha visto que, en la vía jurisdiccional, corresponde el control a los Juzgados Centrales de Instrucción, desde el momento en que la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa omite para el ICAC la regla de la sumisión a la competencia de la Audiencia Nacional, pues ésta no tiene competencia sobre los recursos contra actos o disposiciones de las entidades instrumentales de la Administración General del Estado, salvo cuando los Ministros los rectifiquen en vía de alzada.

También se hizo notar que, en la primera ocasión en que se planteó la cuestión por la vía casacional ante el Tribunal Supremo, al tiempo que se reconoció la potestad normativa del Instituto, se decretó la nulidad de una de las normas contenidas en su Resolución de 21 de enero de 1992, por la que se dictaron normas de valoración del inmovilizado inmaterial. Concretamente, se decretó la nulidad de la norma de valoración 8ª.2 –que equiparaba el arrendamiento con opción de compra, en ciertas condiciones económicas, con la compraventa como forma de transmisión de la propiedad— por considerar que “en nuestro Derecho el concepto de propiedad es unívoco y que no cabe hablar de dos tipos de ella, uno legal y otro económico contable, deducido este último de un elemento tan impreciso como es el de las condiciones económicas del arrendamiento” (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997, FJ 6º, con cita del dictamen del Consejo de Estado nº 55.297/1990).

**E. El control jurisdiccional sobre circulares de la CMT e instrucciones de la AEPD: la construcción jurisprudencial sobre la “categoría intermedia” de estas normas (crítica)**

*1. Jurisprudencia sobre las circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*

§ El artículo 48, apartado 17, de la Ley General de Telecomunicaciones establece que: “Las disposiciones y resoluciones que dicte la Comisión en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la

jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en la Ley reguladora de dicha jurisdicción”<sup>689</sup>.

Por su parte, la disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en su redacción por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial) prevé que “serán recurribles los actos administrativos dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Consejo Económico y Social, Instituto «Cervantes», Consejo de Seguridad Nuclear y Consejo de Universidades, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional”.

Los recursos contra circulares de la CNE, al amparo de estos preceptos, han sido resueltos por sentencias de la Audiencia Nacional, objeto con frecuencia de posterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

§ La *sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2001* sentó un importante y, a nuestro juicio, equívoco precedente en esta materia. Impugnada por “Telefónica de España, S.A.U.” la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicaciones Fijas, la sentencia decidió desestimar el recurso interpuesto, respaldando la potestad normativa de la CMT con los argumentos que pasan a exponerse.

La parte actora, como primer motivo impugnatorio, sostuvo la vulneración de principio de legalidad, por entender que la Comisión “en su actuación ha rebasado en algunos de sus apartados (7º [cuatro primeros párrafos], 8º y 10º) el ámbito propio de las instrucciones o circulares, *transformando la Circular en verdaderas normas reglamentarias, para cuya elaboración la Comisión carece de potestad*. Apreciación que apoya en la inexistencia de una habilitación

---

<sup>689</sup> Regla que generaliza hoy —en realidad, extiende a la CNE, además de reiterarla para la Comisión Nacional del Sector Postal y para la propia CMT— el artículo 22 del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible: “Las resoluciones del Organismo Regulador pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora”; y cuya valoración ha de ser necesariamente positiva desde el punto de vista de la independencia de estos organismos (cf. *supra* nota al pie número 54).

legal para dictar normas reglamentarias, (...) [pues] *la Ley 12/1997 simplemente otorga a la Comisión la facultad de dictar instrucciones*". Esta dualidad en el planteamiento de la demanda –potestad reglamentaria genérica habilitada por la ley; dictado de instrucciones al amparo de normas reglamentarias– condicionó todo el razonamiento del tribunal, el cual ha venido a ser reiterado en algunas ocasiones de forma acrítica por el Tribunal Supremo.

En efecto, dijo la sentencia que "en el Derecho español no cabe desconocer, de una parte, la existencia de una potestad normativa propia de la Comisión, ejercida en un ámbito determinado de materias y operadores y, de otra, la posibilidad de otro ámbito distinto de facultades, ejercidas previa habilitación de quien detenta [sic] o ejerce la potestad reglamentaria". Insistiendo más tarde en la idea de que "en este proceso [legislativo], son destacables las siguientes conclusiones: 1) que existe un ámbito normativo propio de la Comisión que se circunscribe a un fin determinado y a unas entidades determinadas. El fin es la salvaguarda de la libre competencia del mercado y las entidades aquellas que actúan como operadores en el sector. En consecuencia la potestad normativa propia no se puede ejercer fuera de este ámbito; 2) que los preceptos enunciados utilizan el término «instrucción» en un sentido genérico que abarca tanto las normas sobre organización y funcionamiento interno de la Comisión (instrucciones en sentido estricto) como las instrucciones externas o Circulares que tienen por destinatarios a los operadores del sector, siempre que éstos se vean afectados por medidas adoptadas para salvaguardar la competencia; 3) y finalmente que, independientemente de las facultades normativas propias de la Comisión, ésta puede ejercer funciones reglamentarias delegadas, previa habilitación del Gobierno que la detenta [sic] originariamente, o de los Ministros, que la ejercen previa habilitación" (FJ 2º).

Rechazada la concreta tacha de ilegalidad que se imputaba a la Circular 1/1999, "queda tan sólo por examinar –se precisó después– si tales competencias normativas propias pueden o no ser contrarias a la reserva competencial que el artículo 97 de la Constitución confiere al Gobierno. Sobre ello es adecuado insistir de una parte, en que facultad de dictar Circulares viene conferida por el propio legislador a la Comisión; y de otra, que las Circulares limitan su alcance normativo a los operadores en el mercado de las

telecomunicaciones en virtud de un título administrativo, la autorización o licencia reglamentada que les faculta para ello, y, a la vez determina las condiciones en que pueden realizar su actividad. Se trata de una actividad reglamentada en la que los operadores actúan sometidos a una normativa previamente establecida”.

Y nuevamente se hizo hincapié en la diversidad de facultades en uno y otro caso (a modo de colofón en el FJ 5º):

“Se ha establecido en el precedente fundamento que la facultad normativa trae su origen no en una habilitación reglamentaria, sino en la especial sujeción en que se encuentran los operadores, derivada de la propia Ley. Con ello es claro que las facultades normativas, expresadas mediante Circulares, no son confundibles con las facultades reglamentarias que puedan derivar de una habilitación a la Comisión del Gobierno o del Ministro correspondiente, para dictar Reglamentos posibilidad esta última que, es independiente de las potestades normativas que corresponden a la Comisión por atribución legal. *El fundamento de una y otra facultad normativa es distinto, pues mientras la normación mediante circulares tiene su fundamento en la especial situación de sujeción en que se coloca la empresa autorizada para realizar la actividad autorizada, en el caso del ejercicio de potestades reglamentarias el poder de normación arranca de la potestad general reglamentaria que corresponde originariamente al Gobierno y a los Ministros previa habilitación. Así entendido el tema no es precisa la habilitación reglamentaria a favor de la Comisión (que es suplida por la decisión legal) ni estas facultades normativas ejercidas a través de Circulares, que rigen relaciones «inter privados», interfieren la potestad reglamentaria que la Constitución reserva originariamente al Gobierno.* La cuestión que examinamos se ha suscitado con relación a otros Organismos como el Banco de España, y más recientemente con relación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuya facultad reglamentaria (que va más allá de la potestad ordenadora del funcionamiento *inter partes* de la actividad) ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 133/1997, de 16 de julio. Lo expuesto se proyecta sobre el procedimiento para elaborar estas Circulares o instrucciones externas, pues tanto el Reglamento regulador de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 20.2) como el Reglamento de Régimen interior de la misma establecen para la elaboración de las Circulares un procedimiento específico, resultando inaplicable el procedimiento general actualmente fijado en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno”.

§ Esta clara y discutible separación de potestades (reglamentaria *stricto sensu*, habilitada por el Gobierno; “normativa” sin más, concedida por la ley para materias determinadas y en el ámbito de relaciones de especial sujeción) vino a ser aceptada sin grandes reservas por el Tribunal Supremo. La *sentencia del Tribunal*

*Supremo de 20 de diciembre de 2004*, aun cuando casó la anterior en un extremo concreto<sup>690</sup>, respaldó enteramente la construcción relativa a esas dos formas de producción normativa, sólo una de las cuales se entiende como reglamentaria –justamente aquélla que no menciona en ningún caso la Ley General de Telecomunicaciones, y que se ha de deducir de lo dispuesto en el caso del Banco de España, CNMV, etcétera-.

En efecto, el alto tribunal construyó la argumentación de una manera general, conectándola incluso con la facultad de dictar instrucciones y órdenes de servicio a que se refiere el artículo 21 LRJAP. Se dijo en primer término que “existe (...) una potestad normativa «ad extra» atribuida por la Ley en favor de la CMT distinta de la facultad reguladora «ad intra» a la que se refiere el artículo 21 de la Ley 30/1992”. Y se asumió la idea expresada por la sentencia de instancia, al sentar que:

“La viabilidad de esta última es posible formalmente y no se opone al artículo 97 de la Constitución, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 135/1992, relativa al Banco de España, y en la 133/1997 en relación con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, instituciones con las que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones encuentra un evidente paralelismo, al ser todas ellas supervisoras y de control de los respectivos sectores en que desenvuelven sus funciones. *La técnica a emplear por la Ley habilitante en la cual encuentra cobertura específica esta delegación, puede consistir, como ha dicho el propio Tribunal, o bien en autorizar una eventual delegación del titular originario de la potestad o atribuirle directamente a la Administración actuante.* Ello tiene su explicación en que hay una serie de disposiciones o «medidas» que concretan elementos en blanco de la norma legal y que han de adaptarse a las circunstancias coyunturales, tan versátiles y de oportunidad en determinados sectores, entre los que se encuentra sin duda el de las telecomunicaciones, proclive a la especialización técnica, al detalle de la normativa y a la necesaria flexibilidad y rapidez que ciertas actuaciones requieren. *En el caso presente la delegación es a la par directa por la Ley de la Liberalización de las Telecomunicaciones (art. 1.Dos.2.f), e indirecta por el artículo 19.3 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, con referencia a la preasignación de operador, y por el artículo 20.1 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la CMT”.*

---

<sup>690</sup> Cf. *supra* lo dicho sobre el contenido de la Circular 1/1999 y los plazos de preasignación.

Finalmente, en lo que ahora importa, se recordaron los límites de la potestad normativa a la que se refiere la Ley General de Telecomunicaciones:

“El ejercicio de esta potestad, sin embargo, no es absolutamente libre, pues deberá enmarcarse dentro de los límites de la propia Ley habilitante y del resto del ordenamiento jurídico. *Este ámbito se demarca por tres importantes elementos: subjetivos, objetivos y formales, los cuales no han sido traspasados por la Circular impugnada.* En efecto, desde el primer aspecto, el artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997 concreta los destinatarios de las instrucciones a las entidades que operen en el sector, y es evidente que tal límite no se traspasan en el presente caso, pues se refiere a los operadores de redes telefónicas públicas fijas que han sido declarados dominantes (caso de Telefónica) o que lo puedan ser en el futuro (por aplicación del artículo 23 de la LGT). En el segundo aspecto, el límite impuesto por el mencionado precepto habilitante refiere la potestad normativa entre otros objetivos a las actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. Desde esta perspectiva, la facilidad de preasignación o preselección de operador que permite que los usuarios puedan fijar por adelantado el operador que desean que curse sus llamadas de larga distancia, sin necesidad de anteponer el código de selección de operador seleccionado en cada llamada, constituye un mecanismo fundamental para la introducción y mantenimiento de la libre competencia, pues como se dice el informe de la Asesoría Jurídica de 2 de noviembre de 1999 «elimina las barreras de entrada de los nuevos operadores, al establecer condiciones de marcación equivalentes para los distintos operadores, sin diferencias entre el operador que provee el acceso y el de larga distancia». En tercer lugar, el procedimiento de elaboración previsto en el artículo 20.2 del Real Decreto 1994/1996 se ha cumplido escrupulosamente al haberse emitido los oportunos informes y oído a las operadoras interesadas, terminando con la publicación en el BOE de 11 de noviembre de 1999.

En último lugar, y desde un punto de vista general, no puede decirse que haya existido una extralimitación de la potestad en relación con el ordenamiento jurídico (...).”.

§ Con más rigor abordaron la cuestión, a nuestro juicio, las *sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero y 8 de marzo de 2006*, relativas, respectivamente, a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de febrero de 2003 sobre la Circular 1/1998 y de la Audiencia Nacional de 11 de abril de 2003 sobre la Circular 1/2001.

La primera reseña en su FJ 4º el precedente sentado por la sentencia de 20 de diciembre de 2004, si bien indica que no se trata en el supuesto litigioso concreto “de dar una respuesta en abstracto

respecto de la «capacidad normativa» de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y sobre la naturaleza de las «circulares» o instrucciones que dicho organismo puede dictar, sino de decidir si, dado el contenido de una de éstas a la luz de las Leyes reguladoras tanto, en general, de la defensa de la competencia como, en particular, del sector de las telecomunicaciones, la correspondiente circular era conforme a derecho” (FJ 3º *in fine*).

Tras abordar en el FJ 5º lo que se entendía como el contenido nuclear de la Circular recurrida” [“mediante ella la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones viene en definitiva a tipificar o «concretar» en términos abstractos, cierto que con un alcance limitado al sector de las telecomunicaciones, una modalidad o subtipo de la figura del abuso (explotación abusiva) de posición de dominio en cuanto práctica contraria a las exigencias de la libre competencia”], se centró la esencia de la discusión en la coordinación con la normativa general de defensa de la competencia, diciéndose a este respecto lo siguiente (FJ 6º):

“Hemos de decidir si entra dentro de la habilitación normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones utilizar el instrumento de las «instrucciones» dirigidas a los operadores del sector de las telecomunicaciones como medio para tipificar a priori los supuestos de abuso de posición de dominio en que aquéllos pueden incurrir mediante campañas publicitarias.

La dificultad de la respuesta deriva en parte de que, quizá por la novedad que supuso la creación de los organismos reguladores sectoriales, existe una cierta superposición de competencias entre los órganos generales de defensa de la competencia y los citados organismos públicos con capacidad para actuar tan sólo en determinados mercados (en nuestro caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pero el problema se repite, con diversos matices, respecto de otros como la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión Nacional del Mercado de Valores). La delimitación de atribuciones entre unos y otros no ha llegado a adquirir la claridad que sería deseable y, de hecho, se han producido reiteradas modificaciones legislativas en un corto período de tiempo que contribuyen a poner de relieve la inseguridad con la que los propios organismos, y los demás intervinientes en el debate jurídico en general, han de afrontar esta cuestión”.

En fin, la argumentación condujo a entender que justamente no se respetaba dicha coordinación, sino que la circular impugnada invadía el ámbito de tipificación normativa que correspondía propiamente a la Ley de Defensa de la Competencia (FJ 7º), y a este



respecto se empleaba el criterio de los "límites" de la potestad normativa de la CMT a los que aludió la sentencia de 2004:

"La circular (...) no se justifica por el hecho de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estuviera entonces habilitada para «adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado», también en lo que se refiere a «la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios», a cuyos efectos podía aprobar instrucciones vinculantes para éstos.

La dicción del ya citado artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997 en la versión aplicable en el momento de los hechos (...) le permitía imponer «medidas» concretas y singulares, con la finalidad expresada, mediante instrucciones vinculantes para los operadores, pero no delimitar con carácter abstracto las conductas de éstos que serían sancionables a título de la Ley 16/1989 como modalidades específicas de su artículo 6.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, amparándose en el tan citado artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, podía, repetimos, establecer mediante instrucciones las obligaciones específicas que hubieran de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, como ocurría en el caso de la analizada por la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2004. Este es su objeto propio (que en este caso ni siquiera se cumple ya que la circular establece un sistema de notificación previa y voluntaria de las campañas publicitarias objeto de ulterior lanzamiento), no extensible al aquí analizado, que supone tanto como ejercitar por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una inexistente competencia de desarrollo reglamentario en materia de tipificación abstracta de infracciones relativas a la defensa de la libre competencia.

Se da la doble paradoja, además, de que: a) la circular aprobada define en términos generales una modalidad de infracción anticompetitiva que la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no puede apreciar ulteriormente por sí misma de modo jurídicamente efectivo, pues carece de facultades al respecto; y b) que la definición de la modalidad de abuso de posición de dominio hecha en la Circular tiene carácter vinculante para sus destinatarios, pero ni lo tiene ni lo puede tener para el Tribunal de Defensa de la Competencia, único órgano competente en la Administración del Estado para determinar cuándo se ha producido aquella infracción, potestad que implica, lógicamente, la de precisar los perfiles del tipo infractor previsto en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. No deja de ser anómalo que una norma de carácter sancionador, aun cuando sea de nivel secundario, sea vinculante para

los administrados pero no lo sea para la Administración que precisa y específicamente ha de sancionar las conductas en ella configuradas.

En la sentencia de 20 de diciembre de 2004 ya subrayamos que el ejercicio de la potestad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para dictar circulares no era absolutamente libre, «pues deberá enmarcarse dentro de los límites de la propia Ley habilitante y del resto del ordenamiento jurídico». La que es objeto del presente litigio excede, por las consideraciones expuestas, los límites que a la capacidad normativa de aquel organismo imponen las Leyes que hemos analizado e infringe, en concreto, el artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, precepto cuya vulneración, invocada en el motivo segundo de casación, hemos de estimar sin necesidad de acometer el análisis del tercero”.

Por su parte, la sentencia de 8 de marzo de 2006 se movió en un ámbito distinto de preocupaciones. Al tiempo que reiteraba sintéticamente la jurisprudencia anterior, se ocupó de subrayar sobre todo, al hilo del consentimiento verbal del abonado que –como se ha visto– exigían las circulares 1/2001 y 1/2004, que “la impugnación de una disposición normativa debe hacerse sobre bases sólidas de legalidad y no sobre meros juicios de oportunidad, conveniencia o acierto en las soluciones. El organismo regulador ha de lograr un equilibrio entre las exigencias de la libre competencia –que, en este concreto sector, aboga por facilitar al máximo el cambio de operador liberando de trabas innecesarias el procedimiento de preselección– y la protección de los derechos de los abonados e, indirectamente, de los operadores que les vienen prestando sus servicios. Han de respetarse, sin duda, tanto los intereses de éstos como, sobre todo, el derecho de los abonados a no ser transferidos sin su consentimiento a un nuevo operador. Pero es claro que las fórmulas que a tal efecto se instrumenten pueden variar y algunas serán más acertadas que otras, sin que el mero desacierto de una implique la nulidad de la norma” (FJ 7º).

§ Por último, la más reciente *sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007*, desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2004, la cual había tratado sobre el ajuste a Derecho de una Resolución de la CMT de 19 de julio de 2001 sobre cálculo del Coste Neto de Servicio Universal prestado durante los años 1.998 y 1.999. Indirectamente trata de la potestad reglamentaria de la CMT, justamente para diferenciarla de la potestad sobre la que se basó

dicha resolución, que se considera también normativa pero de otro carácter (la sentencia de la Audiencia Nacional sigue pues la línea marcada por la de dicho tribunal de 23 de octubre de 2001; y nuevamente el Tribunal Supremo confirma la línea de razonamiento).

En efecto, el FJ 4º plantea por extenso la cuestión, haciéndose eco de lo resuelto por la sentencia de instancia, la cual se basó a su vez principalmente en la dictada el año 2001. "La Resolución recurrida –se explica– al mismo tiempo que decide sobre la aprobación del coste neto y sobre la inexistencia de desventaja competitiva durante los años 1998 y 1999, *dicta instrucciones sobre la determinación del coste neto para el año 2000. (...) La actora entiende que la Comisión ha asumido indebidamente la competencia del Ministro para determinar el concepto de "zona no rentable" que a su juicio, corresponde determinar al Ministerio de Fomento y no a la Comisión*". Así, de nuevo el Tribunal Supremo hace suyo este planteamiento, al señalar lo siguiente:

"La argumentación de la parte actora pone en conexión la existencia de una reglamentación, expresada en la Circular, con la reserva de la potestad reglamentaria al Ministro de Fomento; pues bien *la facultad normativa trae su origen no en una habilitación reglamentaria, sino en la especial sujeción en que se encuentran los operadores, derivada de la propia Ley y basada del control del servicio*. Con ello es claro que las facultades expresadas mediante Circulares, no son confundibles con las facultades reglamentarias que puedan derivar de una habilitación a la Comisión del Gobierno o del Ministro correspondiente, para dictar Reglamentos posibilidad esta última que, es independiente de las potestades instructoras que corresponden a la Comisión por atribución legal.

Después se plantea el tema más delicado, relativo al ámbito de esta potestad normativa. "No cabe desconocer –razona– que el Ministerio de Fomento puede dictar Órdenes relativas a la materia. Si el Ministro ejerce esta competencia es obvio que la "instrucción" de la Comisión queda subordinada a la Orden Ministerial. La materia sobre la que se ejerce la Comisión queda pues compartida y no cabe interpretar según el artículo 18 [del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio], que hemos citado, que la competencia para determinar las zonas geográficas haya quedado reservada al Ministerio de Fomento. El precepto indicado no excluye la competencia de la Comisión, pues expresa que la propuesta de la operadora (y posterior aprobación de la Comisión a

tenor de las funciones de control que ejerce) se ejerce "sin perjuicio" de las facultades del Ministerio de Fomento de determinar, mediante Orden, dichas zonas". En consecuencia, llega a la conclusión que constituye el nervio de su argumentación en este punto:

"Tiene razón la sentencia recurrida al rechazar la objeción competencial que la actora dirige a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Nadie pone en duda, y desde luego no la Sentencia impugnada, que en el bloque normativo aplicable *ratione temporis*, el Gobierno tenía competencia para dictar normas sobre las zonas geográficas en relación con el servicio universal, porque así se lo atribuía expresamente el artículo 38.2 de la Ley General de las Telecomunicaciones de 1.998 (...).

Ahora bien, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no ha procedido a regular dichas zonas, usurpando la competencia reglamentaria gubernamental, sino que se ha limitado a valorar negativamente los criterios empleados por la propia actora en defecto de disposición reglamentaria dictada por el Ministerio y a expresar los que considera pertinentes a partir de la propia regulación sobre la materia, actividad evaluadora y formulación de criterios que forman parte de las competencias que expresamente atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los preceptos indicados. No nos encontramos en el caso de autos con una actividad normativa -ni siquiera con una instrucción de las contempladas por el artículo 20 del Real Decreto 1994/1996, como sugiere la recurrente- sino con una resolución singular que aplica e interpreta en lo necesario las normas de pertinente aplicación y que proyecta hacia el futuro los criterios formulados, lo que hubiera ocurrido en todo caso aunque la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no lo hubiese indicado expresamente".

## *2. Jurisprudencia sobre las instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos*

§ En los tribunales, la primera sentencia que trató sobre la impugnación de una instrucción de la Agencia fue la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2006, que confirmó en casación la de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2002, la cual había estimado parcialmente a su vez el recurso interpuesto contra la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia de Protección, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos. Como antes se dijo, la resolución del Alto Tribunal parte implícitamente de que cabe recurso contra la norma, que se dicta al amparo de ciertos preceptos de la LOPD. Dice, en efecto, su fundamento jurídico quinto que "la Sala de instancia no anula las Normas 3ª.2; 4.1 y 6ª de la Instrucción 1/2000, sino que las anula solo en cuanto pretendan extender su aplicación a los

supuestos en que la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 34 ha dispuesto que no procede la aplicación del artículo 33, precepto este que en relación al movimiento internacional de datos establece limitaciones y controles, tal y como antes se ha transcrito. La conclusión resulta lógica: *en los supuestos en los que la propia Ley fija excepciones en relación a las limitaciones y controles, la Instrucción de la Agencia, que tiene por objeto el desarrollo de la práctica y ejecución de éstos, no poder ser [sic] de aplicación lo que es una consecuencia obligada del tenor del artículo 34 de la Ley Orgánica 15/1999*".

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2007 ha sido más explícita al respecto<sup>691</sup>. La sentencia de instancia, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de octubre de 2002, había desestimado el recurso interpuesto contra la Instrucción de la Agencia de Protección de Datos número 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito, por entender que tal instrucción "viene a interpretar diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/1992, con apoyo en la sentencia de 28 de junio de 1999, relativa a la Circular 1/1992 de contenido tributario, concluyendo que la Instrucción es un acto administrativo y no una norma, por lo que resultan rechazables todas las alegaciones referidas al incumplimiento del procedimiento de elaboración de disposiciones generales" (en el resumen que lleva a cabo el FJ 1º de la STS ahora analizada).

La tesis de la recurrente en casación, la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, era simple: la Instrucción de la APD era una norma y, como tal, había vulnerado el principio de jerarquía normativa frente a la LORTAD y había sido dictada

---

<sup>691</sup> La doctrina que sienta ha sido reiterada por la sentencia de la Audiencia nacional de 2 de marzo de 2009. La sentencia desestima el recurso interpuesto contra una sanción impuesta por la AEPD. El recurrente había alegado que "la Instrucción 1/1995 no puede servir para integrar el tipo infractor del art. 44.3.d) LOPD por no tener la consideración de disposición reglamentaria de desarrollo de la citada Ley Orgánica" (concretamente, el citado precepto de la LOPD tipifica como infracción grave la conducta consistente en "tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituye infracción muy grave"; en tanto que la Norma 1ª de la Instrucción 1/1995 establece que la inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias debe efectuarse solo cuando concurren determinados requisitos, entre ellos el requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación). A estos efectos, considera la sentencia de la Audiencia Nacional que "no existe vulneración alguna del principio de legalidad sancionadora" (FJ 7º *in fine*).

prescindiendo del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales. Desestima el Tribunal Supremo el recurso, sobre la base de que la LOPD confiere a la AEPD una *potestad específica para dictar instrucciones, distinta de la potestad reglamentaria de desarrollo de la ley* (con invocación expresa de la jurisprudencia del TS contenida en las sentencias de 20 de diciembre de 2004 y 1 de febrero de 2006, relativas a circulares de la CMT). El razonamiento se completa distinguiendo a estas instrucciones de la AEPD, dictadas en ejercicio de una potestad específica, de las instrucciones internas u órdenes de servicio del artículo 21 de la LRJAP, que no tienen eficacia *ad extra*. La formulación de esta doctrina de la "categoría intermedia" (normas vinculantes para terceros, pero conferidas específicamente por la ley y diversas por ello de la potestad reglamentaria) se expresa en los siguientes términos en los fundamentos jurídicos tercero, quinto y sexto:

"Se desprende de tal regulación [artículos 36 de la LORTAD y 5 del Estatuto de la Agencia] la atribución a la Agencia de Protección de Datos de la facultad de dictar Instrucciones de eficacia "ad extra", en cuanto se dirigen a quienes operan en el tratamiento informatizado de datos y resultan de obligada observancia, como se desprende del art. 43.2.b) de la propia Ley , que sanciona el incumplimiento de las Instrucciones dictadas por el Director de la Agencia de Protección de Datos, distintas, por lo tanto, de aquellas Instrucciones a que se refiere el art. 21 de la Ley 30/92 , dirigidas a los órganos jerárquicamente dependientes y destinadas a ordenar las actividades del servicio en virtud de las facultades de dirección, que producen efectos "ad intra" y cuya obligatoriedad para los subordinados no derivan de un carácter normativo que no tienen sino de los deberes impuestos en virtud del principio de jerarquía al que responden.

Por otra parte, los propios preceptos transcritos distinguen entre dicha potestad atribuida a la Agencia de Protección de Datos y la potestad reglamentaria de desarrollo de la Ley mediante la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, en relación con la cual la Agencia sólo tiene facultades de informe y que la Ley atribuye en su disposición final al Gobierno. *No se trata, por lo tanto, de atribuir a la Agencia de Protección de Datos el desarrollo reglamentario de la Ley sino de que la misma, como Ente público al que se encomienda el control de la aplicación de la Ley, dirija tal aplicación estableciendo las instrucciones que entienda precisas para conseguir que el tratamiento automatizado de datos se ajuste a los principios que la Ley dispone*, delimitando así el ámbito de la potestad reconocida y con ello de la finalidad y objeto de tales instrucciones, que se proyectan sobre la aplicación de la Ley, al margen, por lo tanto, de su desarrollo reglamentario mediante las correspondientes disposiciones generales, en el que la intervención de la Agencia se limita a la emisión de los correspondientes informes.

(...) En semejantes circunstancias y con el mismo fundamento el legislador [se había referido antes a las sentencias sobre circulares de la CMT], valorando las características del sector del tratamiento automatizado de datos, que presenta un gran dinamismo en la evolución de las situaciones, derivada de las constantes innovaciones tecnológicas y ampliación de las aplicaciones y campos de utilización, establece un Ente público para el control de la aplicación de la Ley, que actúa con plena independencia en el ejercicio de sus funciones, a cuyo efecto le atribuye la potestad de dictar Instrucciones que, de un lado, *va más allá de la genérica potestad "ad intra" reconocida en el art. 21 de la Ley 30/92 a los órganos administrativos para dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente subordinados, en cuanto lo establecido en dichas Instrucciones por la Agencia, como Ente público de control, viene a ordenar la actuación de los operadores en el tratamiento automatizado para su adecuación a los principios establecidos en la Ley, con carácter obligatorio y eficacia "ad extra", sujeto al control de la propia Agencia mediante el ejercicio de la potestad sancionadora, y de otro lado, la potestad atribuida a la Agencia deja a salvo y no alcanza al desarrollo reglamentario de la Ley a través de la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, que corresponde al Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria"* (FJ 3º).

(...) "En el segundo motivo se plantea la infracción del principio de jerarquía normativa, afirmando que la Instrucción goza de un carácter auténticamente reglamentario que impone a los sujetos que caen bajo su ámbito de aplicación una serie de derechos y obligaciones que no encuentran cobertura en las disposiciones normativas superiores, infracción que entiende evidente en la Norma tercera de la Instrucción.

(...) Lo primero que ha de significarse es que, contrariamente a lo que se sostiene por la parte, su propia argumentación pone de manifiesto que el contenido de dicha Norma tercera se integra en el ámbito propio de las competencias atribuidas por la Ley Orgánica 5/92 a la Agencia, en cuanto se *trata de una norma interpretativa del art. 28.3 que viene a dar certidumbre a su aplicación respecto al cómputo del plazo allí establecido* y, por lo tanto, no afecta al desarrollo reglamentario de la Ley ni invade la potestad reglamentaria del Gobierno. Por otra parte y también contrariamente a lo que se sostiene por la recurrente, la interpretación que se recoge en la Instrucción se acomoda a los principios de la Ley, como exige su art. 36 .c), pues, refiriéndose el art. 28.3 a los datos adversos sobre la solvencia económica de los afectados, lógicamente alude a su insolvencia y no a la cancelación de la deuda que es un dato de solvencia, además de que, entre los principios de la protección de datos a que se refiere el Título II de la Ley Orgánica 5/92 , se indica, entre otros, que los datos no serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un periodo superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados (...)" (FJ 5º).

(...) "En los motivos tercero y cuarto se defiende la condición de la Instrucción impugnada de disposición de carácter general, de acuerdo con la

jurisprudencia que cita, y en consecuencia la infracción del procedimiento de elaboración de tales disposiciones generales, concretamente la omisión del trámite de audiencia, informe de la Secretaría General Técnica y dictamen del Consejo de Estado.

(...) El planteamiento de la recurrente y de dicha sentencia se proyecta sobre el alcance de la genérica potestad reconocida en el art. 21 de la Ley 30/92 a los órganos superiores para dirigir la actividad de los subordinados mediante Instrucciones y Circulares (órdenes de servicio según la terminología de dicho precepto), considerando que la superación de sus estrechos cauces, incidiendo ad extra en los derechos y deberes de los particulares, determina su tratamiento como reglamento y subsiguiente sujeción al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, pero con ello no tiene en cuenta que en este caso *la Instrucción en cuestión no responde al ejercicio de esa potestad genérica sino de la que específicamente le atribuye el legislador a la Agencia de Protección de Datos, cuyo alcance, como se ha señalado antes, va más allá, ordenando la actuación de los operadores en el tratamiento automatizado de datos para su adecuación a los principios establecidos en la Ley, con carácter obligatorio y eficacia "ad extra", si bien no alcanza al desarrollo reglamentario de la Ley a través de la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, que corresponde al Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, lo que determina el marco de ejercicio de dicha potestad, que no resulta superado por la genérica alegación de incidencia en los deberes de los destinatarios, siendo preciso para ello que se justificara que dicha incidencia va más allá de la que propicia la potestad conferida por la Ley, invadiendo el ámbito propio de su desarrollo reservado al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, lo que no resulta de las alegaciones de la parte, como ya se señaló en la sentencia recurrida.

Finalmente esa atribución de potestad se proyecta sobre el procedimiento, que habrá de acomodarse y contrastarse con el establecido para la adopción de sus acuerdos por la Agencia de Protección de Datos en su normativa específica y no con el establecido para la elaboración de disposiciones generales en el ejercicio de la potestad reglamentaria de desarrollo de la Ley, que se invoca por la recurrente y que no es el caso" (FJ 6º).



**CAPÍTULO XII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS REGLAMENTOS DE LAS  
ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: SU INSERCIÓN EN EL SISTEMA DE  
FUENTES**

**I. Los reglamentos de las Administraciones independientes como un paso más en el proceso de ordenación de las fuentes infralegales. Precisiones iniciales sobre el sistema de fuentes**

§ Ya se vio que, en un sentido amplio, la aparición histórica de la potestad reglamentaria cabe explicarla como una de las etapas en el largo proceso histórico, que comienza con la Revolución francesa, de sucesiva definición y perfeccionamiento del sistema de fuentes de Derecho escrito (M. FROMONT)<sup>692</sup>.

Tal proceso puede decirse aún inacabado y, en particular, resulta llamativo lo abierta que se encuentra todavía la cuestión del principio de legalidad, de la exacta comprensión de las relaciones entre ley y reglamento en el Estado constitucional. Un propósito preliminar de las páginas que siguen es el de resumir cuáles han sido, hasta fechas bien recientes, las líneas de este debate en nuestro propio Derecho, al hilo casi siempre del valor de los reglamentos independientes y de las diversas posibilidades que se ofrecen al Gobierno por el artículo 97 de la Constitución.

§ La cuestión se ha enfocado de forma mayoritaria partiendo de la posición de la ley en el vigente ordenamiento constitucional (así, las diversas concepciones del principio de legalidad de DE OTTO y RUBIO LLORENTE). También la cuestión se ha analizado desde el punto de vista del encaje de dicho principio de legalidad con la concepción actual del reglamento (entre las muchas posturas, cabe destacar las de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ; las opuestas de GALLEGU ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y la ya citada de I. DE OTTO; y las que han llevado a cabo un análisis de la cuestión más detenido según algún particular punto de vista del ordenamiento jurídico-

---

<sup>692</sup> Michel FROMONT, "Préface" a la obra de M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799)*, París, 1991, pp. V-VIII.

administrativo: reserva de ley y potestad reglamentaria –GARCÍA MACHO- o los límites constitucionales de la remisión normativa y del reglamento independiente –BAÑO LEÓN).

El autor de la última de las obras citadas, que data de 1991, advertía ya, a modo de introducción general, que el estudio de estas cuestiones ha partido casi siempre de una metodología interpretativa *exclusivamente* constitucional: “[t]odo parece en ocasiones remitirse a una discusión teórica en la que sólo la ‘interpretación’ de la Constitución tiene algo que decir. Ese método tal vez sea el culpable de la disidencia fácilmente advertible en la materia entre teoría y práctica (...) El entendimiento del principio de legalidad o del principio de reserva de ley, suelen ser los axiomas de los que se parte para dar una mayor o menor contenido al poder reglamentario”<sup>693</sup>.

En otras palabras, parece haberse descuidado en la práctica la singularidad del proceso normativo y de aplicación jurídica que tiene lugar en el seno del Derecho administrativo. La preponderancia – absolutamente justa- de la consideración de la Constitución como norma y de su entendimiento como “fuente de fuentes” han dejado en un segundo plano elementos fundamentales, a nuestro juicio, del sistema de fuentes característico de las normas emanadas de la Administración. Y esta simplificación incide también sobre algunas apresuradas conclusiones en torno a los reglamentos de las llamadas Administraciones independientes.

Puede ayudar a comprender este análisis la comparación de dos obras sobre sistema de fuentes –el subtítulo precisamente con esa expresión *Derecho constitucional* de I. DE OTTO y el *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas* de J. L. VILLAR PALASÍ-, las cuales, sobre el hecho de estar fechadas después y antes de la Constitución (las primeras ediciones son de 1987 y 1968, respectivamente), parecen beber en concepciones muy distintas del Derecho público. Sin embargo, decimos “parecen” porque un análisis en profundidad revela la compatibilidad de gran parte de las aportaciones.

§ Afirma DE OTTO que el estudio del sistema de fuentes debe partir del dato de “positividad” propio del Derecho moderno –distinto, como aclara el propio autor, de la concepción del positivismo-, que

---

<sup>693</sup> BAÑO LEÓN, J. Mª., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991, p. 19.

abarca dos diferentes aspectos: que se trata de un Derecho fundamentalmente decidido (creado por el acto de voluntad de un sujeto, no por repetición) y, en particular, un Derecho legislado; y que lo que confiere validez al mismo en la conciencia jurídica general es la decisión de crearlo por quien está habilitado para ello y no cualquier otra cualidad (que sea bueno o viejo). Frente a un sistema estático, se dibuja así el moderno sistema jurídico dinámico, en el que no cuenta para nada la prohibición de alterar el ordenamiento que en el mundo medieval tenía una consagración casi institucional y donde el legislador quedaba vinculado por sus propias leyes, que no podía alterar a su voluntad. "La penetración del derecho legislado es sumamente lenta, no se consuma hasta la Revolución francesa, e incluso posteriormente pervive (...) la idea de que el derecho vale por su antigüedad, no por la voluntad del legislador".

También VILLAR sostiene esto mismo, si bien parte en perspectiva histórica de lo contrario y –ésto es lo que ahora interesa– sitúa la cuestión a la luz de los problemas de validez temporal sucesiva de las normas. "La potestad de dictar leyes nuevas comporta la de derogar las anteriores sólo en la medida en que la norma constitucional así lo deje entender. Todo orden jurídico tiene una cierta *impenetrabilidad* (...) Las fuentes de toda esta concepción han de buscarse en el arcaísmo del mito legal (Wolf), en la idea medieval del orden jurídico como paz de compromiso (Ehrlich), [en] el fondo estamental de una sociedad estáticamente concebida, el orden estamental como orden perpetuo. Toda esta visión estática irá siendo rota a través de una serie de frentes de ataque: la ciudad (Ebel), la Iglesia, con la distinción de las *bonae et malae consuetudines* y la pretensión de la ley justa (Openheimer), la aspiración de judicializar el Derecho y la aparente imposibilidad de conseguirlo –en el revoltijo de normas sin jerarquización– ante un Derecho dinamizado" (pp. 314-315). Por eso, VILLAR admite algunos supuestos de reservas o vinculaciones de legislación por el propio legislador (aunque en rigor lo sean siempre por la norma constitucional implícita): tratados internacionales, leyes paccionadas, declaración de exenciones en la tributación local... que condicionan, "no el poder legislativo, sino la retroactividad de leyes futuras" (pp. 316-317). Y todo ello lo conecta con el entendimiento del principio de jerarquía normativa, que comprende tres distintos principios: el principio constitucional de la primacía de la ley formal con el corolario de materias reservadas a la misma; el principio de estatalidad del Derecho y la aplicación del principio de jerarquía administrativa, que conlleva un doble aspecto de jerarquía organizativa y de normación (pp. 267-269). Con tales criterios, se trata en fin de resolver el

problema de la selección de la norma aplicable, que este autor examina partiendo de los criterios del grupo normativo –isomorfía y posible colisión concurrente (dos o más normas aplicables) y opositiva (problema de validez: cuál es la norma aplicable no esa vez, sino para siempre)- [p. 459]<sup>694</sup>.

§ Una segunda nota que permite conectar la concepción de ambos autores es que la Constitución no agota todo el sistema de fuentes del Derecho. Éstas, dice DE OTTO, pueden definirse en un primer momento como “actos normativos, aquellos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la virtualidad de producir una norma jurídica”. Sin embargo, hay muchos actos de los órganos del Estado y aun de los particulares que tienen ese efecto normativo: “los actos de aplicación son con frecuencia actos creadores de normas, normativos”. Hay que buscar, por ello, la noción de fuente en los criterios de generalidad y de permanencia (o consunción), si bien éstos gozan en último término de un valor relativo. “El criterio que opera de hecho (...) es del tomar como punto de partida la aplicación judicial del derecho, de modo que se incluye en la categoría fuentes del derecho todo aquello que proporciona al juez las normas para decidir el caso, aquello donde se encuentra la *predeterminación normativa de la función judicial*”. Sin embargo, a su vez –como un nuevo ejemplo de la dificultad de examinar los ordenamientos modernos con el bagaje dogmático del derecho privado- este criterio se revela insuficiente en el campo del Derecho administrativo: “[a]un cuando frecuentemente el acto administrativo es (...) un acto normativo, que a veces crea normas para un conjunto grande de individuos, queda excluido del concepto de fuentes porque es *objeto* y no presupuesto de la actuación judicial. Pero los tribunales no sólo enjuician los actos, sino también los reglamentos, las normas dictadas por la Administración pública, que, sin embargo, no se excluyen de la categoría fuentes porque constituyen la *predeterminación normativa de los actos*”. En definitiva, viene a decir De Otto, el concepto tiene un mero valor académico –señalar los específicos efectos que el ordenamiento señala a un acto normativo: fuerza, posición jerárquica y sistema de control jurisdiccional- y “en esta obra la expresión fuentes del derecho se utiliza en un sentido

---

<sup>694</sup> Sobre el empleo actual alguna de estas categorías (colisión no opositiva) –aunque ya con mucha mayor precisión de los términos “validez” y “aplicabilidad” o vigencia; y sobre la base de un peculiar entendimiento de la Constitución como norma que designa las fuentes *aplicables*-, vid. por ejemplo REQUEJO PAGÉS cuando dice que “un Tratado válidamente celebrado es, por tanto, una norma contradictoria con la Constitución, pero esa contradicción, en cuanto constitucionalmente querida, resulta constitucionalmente correcta y no da lugar, por ello, a un conflicto normativo” (REQUEJO PAGÉS, J L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de las normas*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 24).

que viene impuesto por lo que es el objeto central de las normas constitucionales, la organización del Estado y los procedimientos y funciones de sus órganos" (pp. 69-75).

Al proceso de normación en sentido amplio se refiere igualmente VILLAR, cuando habla de la concreción sucesiva de las normas. La incorporación de lo fáctico en la norma se produce de forma gradual: "Desde la ley al acto administrativo hay, de este modo, como singularidad muy destacada del Derecho administrativo, toda una escala de mayor a menor especificación (...) La jerarquía de las normas no responde sólo al principio de prevalencia de la Ley formal y por bajo de ésta a la estructura jerárquica de la Administración: hace referencia al predominio lógico, efectivo y jurídico de lo abstracto sobre lo concreto (...) El proceso de especificación de la norma alude a la mayor concreción de una regla abstracta, pero siempre dentro del campo cubierto por ésta". De ahí que, pasando al igual que DE OTTO por la cuestión del deslinde entre norma y acto, se diga que la concreción "[n]o se verifica de golpe, como en el Derecho privado, sino a través de sucesivas meditaciones, como si el lograr lo concreto fuese la gran tarea de la Administración pública" (pp. 412-413).

Así pues, dos son los rasgos fundamentales de este proceso en el Derecho administrativo para VILLAR PALASÍ. Uno, la prevalencia efectiva de lo concreto: "La Administración pública funciona primero a la vista de las circulares y raramente (...) con las leyes generales a la vista. Cuanto más abstractas sean las normas, tanto más deben concurrir todas para resolver un caso específico. Por el contrario, la regla concreta contiene ya la casi total normación del caso, aunque sea a costa de repetir en lo concreto múltiples normas abstractas" (pp. 416-417, lo que enlaza también con la reunión de elementos en el grupo normativo, entendido éste como "todas las normas jerárquicamente articuladas, que contemplan un mismo supuesto de hecho abstracto, de un modo explícito o implícito, bajo una misma *ratio*" o "el conjunto de normas o reglas jurídicas que regulan un supuesto determinado": pp. 443-444). El otro rasgo es, en paradoja, el retorno jurisdiccional a lo abstracto: "El Derecho administrativo es una normación en permanente jaque (...) La contrapartida del principio de prevalencia de lo concreto en la aplicación normal del Derecho administrativo lo constituye el retorno a lo abstracto, a las normas-límite en la incriminación jurisdiccional del acto concreto. La jurisdicción opera con leyes y poco con circulares o normas concretas. Es la vuelta al límite, de aquí que las sentencias digan, con frecuencia

que un acto es legítimo porque no contradice la norma abstracta si entrar en su engarce a la escala de normas específicas” (p. 414).

## **II. La utilidad actual de algunos precedentes histórico-dogmáticos en torno al principio de legalidad y a la reserva de ley**

§ Cuando la doctrina ha tratado de situar la potestad reglamentaria del Gobierno y de la Administración a la luz del artículo 97 de la Constitución, se han reproducido inevitablemente los argumentos históricos y los puntos de vista dogmáticos acerca de una de las grandes cuestiones de todo el Derecho público europeo de los últimos siglos: las relaciones entre ley y reglamento, o el principio de legalidad en sentido normativo (no ya como base de toda actuación administrativa<sup>695</sup>).

La acabadísima crítica que I. DE OTTO hizo de una de las posiciones clásicas de la doctrina –la que sostiene la necesidad de habilitación previa legal de la Administración para dictar sus normas (GARCÍA DE ENTERRÍA, por todos)-, que se apoyaba a su juicio en concepciones históricas como la consideración de la ley como voluntad soberana que de ninguna manera podían ser acriticamente trasladadas al vigente panorama constitucional, obliga desde entonces a tomar postura sobre la cuestión. La nuestra, siguiendo entre otras la respuesta de RUBIO LLORENTE a tal crítica, es que desde luego tal origen histórico no *predetermina* el significado del principio de legalidad (esto es, el posible contenido de la potestad reglamentaria del Gobierno), que obviamente se basa hoy en fuentes distintas y en la legitimidad democrática de éste.

Pero tampoco la mencionada tradición ni la opuesta construcción del principio monárquico alemán, ni el significado actual e inverso hasta cierto punto de ambas corrientes ni –en particular- el sentido de la jurisprudencia y de la aplicación real de la potestad reglamentaria, deben ser *dejadas de lado* al analizar hoy el poder reglamentario gubernamental. Lo cual es un paso imprescindible para acercarse a los productos normativos de las llamadas

---

<sup>695</sup> En este sentido general, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Voz “Principio de legalidad (Derecho administrativo)”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. III, pp. 5074 ss; y García de Enterría, Capítulo VIII del *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 9ª ed, Civitas, Madrid, pp. 425 ss.

Administraciones independientes, cuyos problemas –puede adelantarse desde ahora– en buena parte derivan todavía de la posición de las leyes habilitantes y de la consideración en general del bloque de legalidad (comprendiendo en él a los reglamentos del Gobierno)<sup>696</sup>.

§ El imprescindible y breve recordatorio de los sistemas históricos francés y alemán conserva hoy, pues, buena parte de su sentido.

§ En la exposición de este punto, casi todo es cuestión de perspectiva. La de GARCÍA DE ENTERRÍA parte de la consideración clara y axiomática de la superioridad de la ley y la subordinación del Reglamento. “[N]o es una cuestión de cantidad o escalonamiento; es de grado, de calidad”. La ley es suprema –dentro de la Constitución– y el Reglamento es subalterno. “La ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma (...); en el Reglamento no se expresa por ello una hipotética ‘voluntad general’, sino que es una simple regla técnica, ‘ocurrencia de los funcionarios’, a la que órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva” (pp. 173-174). Esta superioridad de la ley es “vertical, piramidal, de modo que abarca la totalidad de las posiciones de actuación del Reglamento, como el oficial se

---

<sup>696</sup> Por lo demás, DE OTTO no prescinde de tales precedentes ni llega a conclusiones radicalmente opuestas en la práctica a la de los mencionados autores. Tras afirmar que “la Constitución acoge fórmulas acuñadas y pulidas durante casi dos siglos por el constitucionalismo europeo y analizadas una y otra vez por los tratadistas de derecho público” (p. 129: oponiéndose sólo a su integración inmediata y anacrónica), parte de que, según dice por dos veces parafraseando a KRIELE, en el Estado constitucional no hay soberano: ni lo es la ley, ni tampoco el pueblo (cuyo papel de constituyente desaparece después, siendo el Parlamento un poder también constituido: artículos 1.2 y 66 CE). De ahí que “*la primacía de la Constitución implica que todas las fuentes del Derecho, incluida la ley, tienen la posición que la Constitución les asigna y que los términos en los que el reglamento se subordina a la ley no dependen ya de ésta, sino de prescripciones constitucionales*. En pocas palabras: a la hora de determinar la posición de la ley en el ordenamiento jurídico es preciso olvidar el concepto de soberanía” (pp. 139-140).

Existiendo acuerdo sobre este punto, es en la concreta consecuencia que se extrae del principio democrático donde discrepamos. Adelantando en cierto modo lo que se dirá más adelante, hoy es también común revalorizar el principio democrático y el correcto entendimiento de la separación de poderes, a la hora de examinar el principio de legalidad (entre otros, BAÑO LEÓN y PAREJO ALFONSO, citados *infra*). Pero eso no conduce a reconocer que en la Constitución exista única y exclusivamente un sistema de reservas para valorar el espacio dejado al reglamento, sino que cabe aún sostener que el principio de legalidad (*ex* artículos 97 y 103.1 CE, y no como mero principio de juridicidad al estilo del 9.1 CE) sigue teniendo mucho que decir en relación con el papel del reglamento. Aunque ello conduzca a la necesaria reconstrucción del papel de la ley en el Estado constitucional para precisar mejor qué se haya de entender por reserva de ley, punto en el que la construcción de DE OTTO (§ 42) –en este caso, en polémica con RUBIO LLORENTE y GARRORENA– nos llevaría ahora demasiado lejos.

supraordena a toda posible actuación militar del soldado” y lo anterior no deja de ser así, sino que “aún queda más enérgicamente diseñada esa relación de supremacía cuando (...) hubo de formularse la doctrina de las materias reservadas a la ley” (p. 230).

De intento hemos tomado la cita de las frases de dos capítulos distintos del *Curso* de García de Enterría –el relativo al reglamento y el que el estudia los principios de relaciones ley-reglamento y, entre ellos, la reserva de ley- porque este autor parte de la constatación de un “sistema francés” en la potestad reglamentaria, entendiendo por éste la superioridad tan claramente expresada de la ley sobre el reglamento, pero además su entendimiento de la reserva de ley –en especial, la general sobre libertad y propiedad ex artículo 53.1 de la Constitución- le llevan a consecuencias prácticas que se acercan hoy al sistema alemán de vinculación positiva “ampliada”, de exigencia expresa caso por caso de habilitación de la ley al reglamento. Él mismo concede que ambos modelos son perfectamente compatibles en la realidad de nuestra Constitución y que esa peculiar mezcla responde a la incorporación tardía en el Derecho francés –y, por influjo de éste, en el nuestro- de la soluciones técnicas del sistema alemán de reservas (pp. 234-236)<sup>697</sup>.

§ Todo ello lo ha sintetizado de forma brillante SANTAMARÍA PASTOR cuando dice que las formulaciones históricas del principio de legalidad son dos y que han evolucionado justamente de forma inversa:

“Según la primera (conocida genéricamente como sistema de vinculación positiva), la norma jurídica se erige en el *fundamento previo y necesario* de una determinada acción, la cual, por lo tanto, sólo podrá realizarse válida o lícitamente en la medida en que la norma habilite al sujeto para ello (*quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur*, lo que no está permitido, se considera prohibido). Tal fue la versión del principio proclamada en los textos franceses de la primera época revolucionaria [...]. Por el contrario, en el régimen conocido como de vinculación negativa, la ley puede operar como un mero *límite externo* a la libre acción del sujeto, el cual podría realizar válidamente cualesquiera conductas sin necesidad de previa

---

<sup>697</sup> De ahí, por ejemplo, que De Otto situé la postura de García de Enterría –para fundar su crítica- en la estela de la superioridad de la ley como expresión de la voluntad general (sistema francés); mientras que Baño León, a la hora de sistematizar las posturas sobre el reglamento independiente o *praeter legem* en España, considere tesis clásica o “posición doctrinal dominante” la del propio García de Enterría, sobre la base de Triepel, en cuanto a “la necesidad de habilitación de la ley para que el reglamento intervenga en las materias reservadas” (---, p. 27; subrayado nuestro porque, en rigor, la postura de García de Enterría exige dicha autorización para todos los casos de reglamentos que afectan a la libertad o propiedad de los ciudadanos).



habilitación, con la única condición de que no contradigan la ley: todo lo que no está prohibido por la norma se entiende, pues, permitido (*permissum videtur in omne quod non prohibitum, o quae non sunt prohibita, permissae intelliguntur*). En lo sustancial, es el sistema que se consagra, a comienzos del siglo XIX, en los principados alemanes basados en el principio monárquico [...].

Uno y otro sistema de legalidad habrían de experimentar una evolución justamente opuesta y cruzada a lo largo del siglo XIX y primer tercio del XX. En Francia, la Constitución bonapartista del año VIII, primero, y la Carta otorgada de 1814, después, reinstauraron el sistema de vinculación negativa (sólo en las materias afectantes a los derechos fundamentales se siguió considerando en vigor el régimen de vinculación positiva). El sistema germánico, sin embargo, evolucionó en el sentido de una ampliación constante del régimen de vinculación positiva a la ley: circunscrito éste originariamente a la creación de delitos y penas (libertad) y al establecimiento de tributos (propiedad), va poco a poco extendiéndose a todas las intervenciones administrativas, reglamentarias o no, que afecten de cualquier modo a la libertad personal y a los bienes y derechos patrimoniales de los subditos, todos los cuales requieren de una previa habilitación legislativa<sup>698</sup>.

§ Para continuar este repaso histórico, el punto de vista más cercano a la potestad normativa reconocida a las llamadas Administraciones independientes es el que estudia, en esas diversas tradiciones que hoy confluyen en cierto modo, la posibilidad de un “reglamento independiente”. Esta óptica es la que sigue BAÑO LEÓN en el Capítulo IV de su obra antes citada, que significativamente se titula, aunque después no se repite esta fórmula, “la *potestad reglamentaria* independiente” (lo que hace pensar en una construcción de tipo general sobre este poder normativo)<sup>699</sup>.

---

<sup>698</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Voz “Principio de legalidad (Derecho constitucional)”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. III, pp. 5078-5079.

<sup>699</sup> *Vid.*, para lo que sigue, BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., pp. 163 ss. El capítulo se abre con una precisión que nos parece especialmente acertada, por cuanto distingue con toda nitidez dos campos que se entremezclan constantemente: reserva de ley y remisiones normativas —que el citado autor trata justamente en los dos capítulos anteriores de esa obra— y posibilidad de un reglamento sin habilitación de ley previa. “Muy importante me parece distinguir —dice— el reglamento independiente del reglamento que es producto de una habilitación en blanco del legislador. Aunque materialmente son iguales les distancia una diferencia procesal de primer orden: en los reglamentos habilitados, aunque sean en blanco, los Tribunales ordinarios no pueden invalidar la habilitación —salvo la cuestión de inconstitucionalidad—; en cambio, en los reglamentos independientes, el juez de lo contencioso-administrativo interpreta directamente los límites constitucionales de la potestad reglamentaria, anulándolos si estima que requieren de una ley previa” (p. 164).

La idea que circula habitualmente, relativa a la admisión de un poder reglamentario del Ejecutivo independiente de la ley, no es extraña a la tradición del pensamiento occidental, afirma BAÑO. Su precedente más claro y directo está en el *prerogative power* de John Locke, que se justifica de una manera natural, como una autorización tácita del pueblo. "Cien años antes de la Revolución francesa la vía de la reforma aceptada por la Monarquía inglesa se presenta diáfana: el compromiso entre el poder del Monarca y el reforzado poder del Parlamento"<sup>700</sup>.

Hay después todo un paréntesis histórico en la Revolución francesa, donde ni Montesquieu ni Rousseau atisban esta posibilidad, que se opone a todo su empeño por consagrar la superioridad de la ley sobre el poder Ejecutivo. Por eso, años más tarde Hauriou, Esmein, Duguit, cuando por razones prácticas se ven forzados a admitir este tipo de reglamentos, acuden a la construcción del poder espontáneo o natural de la Administración en ámbitos de organización y de policía (v. *supra* Capítulo I).

Que todo esto nada tiene que ver con lo sucedido en Alemania, es algo claro a estas alturas. Allí la cuestión de la disputa por el poder seguía viva –hasta bien entrado el siglo XX, dice KRIELE, lo retenían los príncipes– y por eso tiene lugar la construcción del poder reglamentario propio o independiente (justamente para limitar sus posibilidades y siempre que no afectase a la reserva de ley). Como

---

Digamos desde ahora que toda la línea de problemas que nos preocupan en este trabajo se inscribe más bien en el primero de dichos campos (reserva de ley-remisión normativa): no suelen los reguladores económicos, ni ninguna de las Administraciones independientes que se han estudiado antes, acometer regulaciones de nuevo cuño; y son especialmente cuidadosos en indicar dónde se contiene la pertinente habilitación. Pero el problema no es ése, sino el de si tal autorización está en blanco. La cuestión remite, en última instancia, a la reconstrucción-revalorización del papel de la ley y, en menor medida, a la exigencia también del ejercicio del "último tramo del poder político directamente legitimado por vía democrática" en manos del Gobierno (v. *infra* apartados C y D). Como es obvio, el control judicial es muy diferente en uno y otro caso y eso justamente es lo que subraya BAÑO a modo de precisión introductoria.

<sup>700</sup> *Ibidem*, pp. 166-167. Este asunto se sitúa pues en la órbita de la división del poder normativo entre el antiguo absolutismo y el nuevo compromiso (*the King in Parliament*): v. igualmente Villar [---]. Pero es significativo que las cuestiones implicadas sean otras: aquí reglamento *praeter legem* –lo recuerda el propio Baño en nota al pie, citando a BÖCKENFORDE– significa dictar reglamentos en caso de necesidad o cuando la ley no haya regulado una materia. La cita que añade Baño lo aclara más todavía, pues se refiere a la ambigüedad en Locke del poder de prerrogativa, como vía para admitir, junto a la normación en caso de silencio de la ley, poderes excepcionales (tomando en este caso la intuición de Cruz Villalón, *El Estado de sitio y la Constitución*, Madrid, 1980, p. 198). En otras palabras: aquí el principio de legalidad se remonta hasta su primigenio sentido, como técnica de atribución de potestades, que hoy se entiende siempre por ley –también y aun con mayor razón, es obvio, en el caso de que se confieran poderes de emergencia– [v. en este sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Voz "Principio de legalidad (Derecho administrativo)", *cit.*, pp. 5076-5077].

resume BAÑO LEÓN, hubo pues una doble línea: la que justificó la posibilidad de reglamentos independientes por razones pragmáticas (L. Von Stein y Gneist); y la que, dando lugar al tiempo al nacimiento de la moderna iuspublicística, construyó la teoría de la ley en sentido material y formal (esta última, egregiamente representada por Laband, Jellinek y Anschütz), forzando por así decir la distinción entre reglamentos jurídicos y administrativos, campo este último en el que podrían producirse los independientes (Otto Mayer)<sup>701</sup>.

§ Por esta razón, las construcciones vigentes que se preguntan por la existencia, en la práctica, de reglamentos independientes, vuelven los ojos todavía a esta doctrina alemana y a su evolución posterior.

La esencia de esta concepción puede encontrarse todavía en la clásica obra de Jellinek, que distingue entre reglamentos que se limitan a aplicar o poner en práctica los dictados de la ley y aquellos que son autorizados por ésta para regular materias que de otro modo corresponderían al legislador. Ello presupone un concepto de ley y una formulación clásica de la reserva a ésta de ciertas materias que llevaron a cabo, respectivamente, Laband y Mayer. En cuanto a su fundamento, y ante la imposibilidad de trasplantar en forma ortodoxa las ideas de la Revolución francesa, "la reserva de ley suple (...) la ausencia de una declaración de derechos, pues para que el poder público pueda intervenir en la vida o en la hacienda de los particulares necesita el instrumento de la ley". En la teorización de Laband, "la ley es la única *norma jurídica*, aquélla que puede constituir derechos e imponer obligaciones. De lo que se sigue: los particulares, los ciudadanos, no pueden ser afectados en sus situaciones o posiciones jurídicas más que por la ley. La ley es la única norma originaria. El resto de las normas, los reglamentos o las

---

<sup>701</sup> Cf. Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., pp. 170-173. Dentro de la segunda línea, Baño destaca la excepción de Arndt, quien sostuvo un concepto exclusivamente formal de ley para interpretar la Constitución prusiana de 1850, de forma que el resultado práctico al que llegó suena hoy extrañamente actual, al no admitir la distinción entre reglamentos jurídicos y administrativos, pues todos –decía– requieren autorización de ley, aun cuando sea ésta meramente formal.

También en la primera línea, cabe situar algunos precedentes que le devuelven cierta vigencia, como se vio en un Capítulo anterior de este trabajo (número IX, apartado B.3). En efecto, von Stein y Gneist no son sino el segundo eslabón –llamado liberal– de una línea de pensamiento que había comenzado con Kart von Steim y su idea de de autonomía como participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, conforme a una descentralización "vertical" basada en el reforzamiento del espíritu de comunidad. La noción pasó a la Constitución de Weimar, en la que por vez primera se plantea abiertamente la colisión de la forma de administración autónoma con el principio democrático.

meras circulares administrativas, o bien reciben su fuerza de obligar de la ley o afectan sólo al ámbito interno del Estado". Derecho de la organización y relaciones especiales de sujeción quedan así fuera del campo jurídico, son materias a las que no afecta la reserva de ley<sup>702</sup>.

Lo que sucede después bajo la Constitución de Weimar –el baldío esfuerzo por limitar el abuso de delegaciones al Ejecutivo para la determinación de reglas jurídicas– y, en especial, al amparo del artículo 80 de la Ley Fundamental de Bonn, ilustra en fin sobre la cuestión todavía abierta de los límites del legislador. En efecto, vigente este último precepto ("mediante ley pueden ser autorizados a dictar reglamentos jurídicos el Gobierno federal, un ministro federal o los Gobiernos de los Länder. Además en las leyes tienen que ser determinados el contenido, la finalidad y la extensión de los reglamentos ordenados"), han sido muy diversas las líneas que intentan delimitar el alcance de la reserva de ley. Por citar sólo las dos que más podrían aportar al objeto de este trabajo, se ha sostenido que el sometimiento de la Administración al imperio de la ley (artículo 20.2) implica una reserva absoluta de ley, de forma que aquélla no podrá intervenir en ningún ámbito sin la previa existencia de ley (D. Jesch). En el otro extremo, se ha cuestionado la función actual de la reserva de ley desde el punto de vista del principio democrático, pues el Poder ejecutivo también se basa de forma indirecta en la legitimación popular (Ossenbühl).

Por último, no puede desconocerse la evolución, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, hacia la idea de la reserva parlamentaria o doctrina de la esencialidad de la ley. La reserva de ley –el Tribunal lo sentó por primera vez en uno de los ámbitos típicos de las relaciones de especial sujeción, el educativo– ya no basta con que se satisfaga formalmente, sino que es necesario que el Parlamento cumplimente materialmente sus funciones. Este cambio de función, se ha dicho, "es consecuencia de una división realista de la división de poderes entre ejecutivo y legislativo en un régimen parlamentario (...) La tensión en todo caso se plantea entre el Gobierno (y el grupo parlamentario que lo sostiene) y la oposición"<sup>703</sup>. En todo caso, ello deja la pregunta abierta de que "lo

---

<sup>702</sup> Cf. el resumen de todos estos aspectos en BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., pp. 24-26 y 42-48, de donde se toman las diversas citas.

<sup>703</sup> Cf. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., p. 57. En términos casi idénticos, DE OTTO (*Derecho constitucional*, cit., p. 213); al igual que lo admite –sin

que sea esencial es justamente una cuestión política”<sup>704</sup> y sobre ello se volverá, al tratar del estudio institucional del principio de legalidad y los límites de las remisiones normativas (*infra*, apartados IV y V.B).

### **III. El artículo 97 de la Constitución: compatibilidad entre la potestad reglamentaria originaria del Gobierno y la necesidad de habilitación**

§ Puede decirse, pues, tras estudiar la postura clásica sobre la necesidad de autorización habilitante y las que se le oponen afirmando que la Constitución concede un poder reglamentario al Gobierno “de acuerdo con la Constitución y las leyes” (por tanto, admitiendo el reglamento independiente en ausencia de ley), que no existe una incompatibilidad frontal entre ambas posturas<sup>705</sup>.

En efecto, que el poder reglamentario del Gobierno es originario significa, ante todo, que es el único reconocido por la propia Constitución –la cual no se refiere al de los Ministros, como miembros de aquél-; y, en cuanto a su fundamento, que se le otorga en cuanto Ejecutivo democráticamente legitimado: “dirige –establece el artículo 97 de la Constitución- la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. *Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria* de acuerdo con la Constitución y las leyes”. También quiere decir, por último, que ese poder es distinto por su origen del que, en cumplimiento de ese mismo papel, existe en los subsistemas autonómicos.

§ La exigencia de habilitación al reglamento por la ley previa se mueve en un plano diferente. Bien sea que se requiera dicha habilitación únicamente en las materias reservadas a ley, bien que se la exija en todo caso, nos parece que el fundamento es muy similar y puede sostenerse aquí a los efectos que ahora interesan<sup>706</sup>.

---

desvirtuar por ello su tesis principal- García de Enterría (*Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 9ª ed, Civitas, Madrid, p. 174).

<sup>704</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>705</sup> Idea que BAÑO LEÓN expresa en su forma contraria: “No hay necesariamente equivalencia entre sostener que la potestad reglamentaria en la Constitución es originaria y excluir que el Reglamento pueda [en el sentido de “necesite” en ciertos casos] requerir de la ley previa autorizante para intervenir en las materias reservadas a ley” (*ibidem*, p. 32).

<sup>706</sup> En otro orden de cosas, y aunque luego se haya de volver *in extenso* sobre esta cuestión, en la práctica no importa demasiado –máxime, para los reglamentos de las Administraciones independientes,

Dice BAÑO LEÓN que "la autorización o habilitación de la ley al reglamento en las materias reservadas a la ley es requisito imprescindible para que éste pueda intervenir, sin que ello suponga restar un ápice de su valor a la configuración originaria de la potestad reglamentaria del Gobierno, que tiene su ámbito propio de actuación en las materias no reservadas y que se subordina a la previsión de la ley en las restantes. De la misma manera, la confirmación de la necesidad de una habilitación no implica consagrar entre nosotros la distinción entre aquellos reglamentos que inciden favorable o desfavorablemente en la esfera de los administrados y aquellos que tienen su campo de acción dentro del ámbito de la Administración. Esta diferencia de principio, proveniente de la doctrina alemana (...) no ha adquirido carta de naturaleza en nuestra Constitución. Habrá en cada caso, también respecto de las normas de organización o procedimiento, que interpretar cuál es el campo que cada reserva de ley permite al reglamento (...) Todo lo cual no significa de suyo que el legislador no tenga límites a ese poder de remitir al Reglamento el desarrollo o la complementación de sus mandatos"<sup>707</sup>.

Concretamente, tales límites se dibujan ya al estudiar la configuración en la Constitución de la reserva de ley y al constatar cómo el cambio más radical que ésta introduce es el de "la concepción de la ley como no soberana. Su subordinación efectiva a la Constitución hace posible una fiscalización real por el Tribunal Constitucional de la licitud de las remisiones normativas; al mismo tiempo, la enumeración de las materias reservadas a la ley y sobre todo el ámbito propio del legislador mantienen la tradición constitucional española"<sup>708</sup>.

---

en los cuales el problema no es la ausencia de ley, sino el contenido en blanco de ésta- que exista una reserva constitucional de ley en sentido propio, o que el bloque de legalidad deba observarse en virtud de la previa intervención del legislador. (Vid. en este sentido la Memoria del Consejo de Estado de 2008, repitiendo en buen parte ideas ya contenidas en la Memoria de 1990 y que difieren notablemente, ambas, de la posición preconstitucional de la Moción del Consejo de 1969, que debió definir reglamentos ejecutivos, dibujando una noción cuya importancia práctica sigue en vigor, justamente para diferenciarlos de una "potestad [entonces sí] libre o genérica" del Ejecutivo en sentido propio).

<sup>707</sup> BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., pp. 36-37.

<sup>708</sup> *Ibidem*, p. 86. La referencia a la "tradición constitucional española" se explica en función del previo repaso del autor al constitucionalismo decimonónico y la conclusión a la que llega, en el sentido de que *de facto* se mantuvo una tradición constitucional sobre la reserva de ley, "[n]o, por supuesto, entendido al teórico modo germánico, como división de ámbitos materiales entre la ley y el Reglamento, sino como aseguramiento de que sólo conforme a lo establecido en la ley se podía limitar o privar las garantías reconocidas en la Constitución" (p. 79). Lo que se confirma por la existencia de algún Reglamento independiente rigurosamente excepcional (Reglamento de Contratos del Estado de 1852) y en abundantes citas de la doctrina de la época, alguna de ellas –como la de Oliván– prácticamente

Pues bien, esta configuración constitucional es clara, no sólo por la existencia de múltiples reservas, la norma del artículo 53.1 de la Constitución y la introducción expresa por vez primera de algunas reservas más amplias en campos típicos de aquéllas (vg. el clásico principio de legalidad penal también en su vertiente de administrativo sancionador, o el de reserva de ley tributaria comprendiendo el establecimiento de beneficios fiscales: artículos 25 y 133.2 de la Constitución, respectivamente), sino en particular por el entendimiento que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional.

La cita de las primeras SSTCC en este sentido (37/1981, 6/1983 y especialmente 83/1984) es suficiente a este respecto, e indicativa de la intención de acoger “los resultados de un esfuerzo doctrinal que había empezado mucho antes de que pudiera adivinarse el advenimiento de la Constitución”<sup>709</sup>, por referencia a las obras de García de Enterría y Rubio Llorente, sobre la inviabilidad de la remisión en blanco y el entendimiento de que “la estructuración del orden jurídico-constitucional a partir exclusivamente del principio de legitimidad democrática no permite prescindir de la noción de reserva de ley”<sup>710</sup>:

“Esa habilitación constituye una deslegalización, una simple transferencia al Gobierno de la atribución del Parlamento Vasco para crear

---

calçadas en parte de su formulación a la célebre de Portalis (“Los pormenores de ejecución de las leyes, las precauciones provisorias o accidentales y las cosas que requieren la vigilancia de la autoridad que administra, más que la atención del supremo poder que legisla, son objeto de reglamentos, ordenanzas, decretos y edictos que emanan siempre del Rey: actos de magistratura, como las leyes lo son de soberanía”; añadiendo después que “no pueden los reglamentos y demás disposiciones de aplicación autorizar impuestos, ni definir o calificar delitos, ni establecer penas, ni perjudicar a los derechos públicos de los ciudadanos, ni estatuir sobre sus derechos privados, porque estos puntos son objetos de ley, sino únicamente desenvolver, en el sentido de la ley misma, los principios cuyas consecuencias le son por ella encomendadas. Todo lo demás es un abuso y una infracción de las reglas constitucionales”: cf. A. Oliván, *De la Administración pública con relación a España*, 1843, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, p. 189).

Otra cita de autoridad es la de Colmeiro, que señalaba de forma igualmente tajante que “son inconstitucionales los reglamentos, en cuanto a la materia, si crean poderes públicos o autorizan impuestos o definen crímenes o establecen penas o perjudican a los derechos políticos de los ciudadanos, o disponen en punto a sus derechos privados de otro modo que el necesario para desenvolver los principios cuya consecuencia les confían las leyes” (*Derecho administrativo*, 2ª ed. 1858; a quien también cita Villar Palasí para ilustrar más en general sobre el papel de la Administración a la hora de dictar normas: “Todos cuantos intereses hay en la Sociedad de carácter permanente, como definir los derechos del ciudadano, determinar el estado de las personas y constituir la propiedad, pertenecen al dominio de la ley. Todas cuantas disposiciones llevan impreso el sello de una conveniencia de tiempo o lugar, de la equidad más bien que de la justicia, suponen, por lo mismo, una inestabilidad proporcionada a la rapidez o lentitud del movimiento social, a que están subordinadas y entran en la esfera de la Administración”: cf. la cita *apud* Villar, *Derecho administrativo...*, *cit.*, p. 418).

<sup>709</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>710</sup> Cf., respectivamente, García de Enterría, E., *Legislación delegada* ---, p. 171 y Rubio Llorente, F., *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, ---, p. 478.

tributos (y entre ellos tasas) de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Que la Comunidad Autónoma Vasca posee competencia para la creación de tasas, pero a la redacción restrictiva del art. 42, b), de su Estatuto, es cuestión que ofrece pocas dudas, pues esa competencia deriva necesariamente de la que también tiene para crear instituciones y organizar servicios públicos dependientes directamente de la propia Comunidad Autónoma y no sólo mediatamente, a través de los distintos territorios históricos. La competencia debe ser ejercida, sin embargo, conforme a la Constitución y las Leyes y la Constitución (arts. 31.3 y 133.2) exige que el establecimiento de tributos se haga precisamente con arreglo a la Ley, lo que implica la necesidad de que sea el propio Parlamento Vasco el que determine los elementos esenciales del tributo, siquiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiere, de manera que aunque su establecimiento concreto quede remitido a una disposición reglamentaria, ésta haya de producirse dentro de los límites fijados por el legislador. La Ley impugnada que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento, según antes se señala, no respeta, ciertamente, esta reserva constitucional. No puede aducirse para justificar la técnica utilizada el argumento de que el modo de fijación del importe y modo de devengo del canon, cuya propuesta ha de hacerse por órganos colegiados de los que forman parte los representantes de los posibles usuarios del servicio asegura la justicia del mismo, pues como ya ha declarado este Tribunal (S. 13 Feb. 1981, publicada en el B.O.E. 24 Feb. 1981, recurso núm. 189/80), la remisión a una «prescripción autonómica» sólo es admisible en la medida en que «se refiera sólo a cuestiones de detalle que no afecten a la reserva de Ley» (STC 37/1981, FJ 4).

“Todo lo que hasta aquí llevamos dicho, indica que nuestra Constitución se ha producido en la materia estudiada de una manera flexible y que, como asegura un importante sector de la doctrina, la reserva de ley hay que entenderla referida a los criterios o principios, con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria: la creación «ex novo» de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo, que pertenecen siempre al plano o nivel de la ley y no pueden dejarse nunca a la legislación delegada y menos todavía a la potestad reglamentaria” (STC 6/1983, FJ 4 *in fine*).

“Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. *El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la CE en favor del legislador.*



Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de *las remisiones o habilitaciones legales* a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de *que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la CE o por la propia Ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada: esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera, cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir*” (STC 83/1984, FJ 4 *in fine*, cursiva nuestra).

§ Los efectos de esta jurisprudencia distan de estar agotados. Una muestra en el mismo campo en que se produjo la última sentencia citada, el de la existencia de profesiones tituladas y reguladas (artículos 36 y 35 CE, con distinta intensidad de reserva), la proporciona el reciente Real Decreto 193/2010, de 26 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 227/1981, de 23 de enero, sobre sistemas de pago de los haberes de clases pasivas del Estado.

Sustantivamente, la reforma carece de gran importancia: “El Real Decreto 227/1981 (...) –explica el preámbulo– establece, como procedimiento[s] de pago de las pensiones de Clases Pasivas, por cheque nominativo, por talón expedido contra una cuenta corriente de «fondos en firme», por abono a cuenta restringida, por transferencia a cuenta corriente o libreta ordinaria a nombre del pensionista, individual o indistintamente con otras personas y *el pago a través de habilitado de Clases Pasivas*”. Ahora, “en el espíritu de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior” y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ciertas circunstancias “determinan la procedencia de establecer como [única] forma de pago de las prestaciones del sistema de Clases Pasivas la transferencia a cuenta abierta en entidades financieras” (en tal sentido se modifica el artículo 2 del citado Real Decreto).

Lo verdaderamente relevante, a los efectos que interesan, es que el proyecto inicial de real decreto contenía una disposición que, de forma expresa, derogaba el Real Decreto 1678/1987, de 30 de diciembre, por el que se reglamenta la profesión de habilitado de Clases Pasivas en los aspectos de la misma relacionados con los fines administrativos en materia de Clases Pasivas y con el interés general.

El dictamen del Consejo de Estado sobre esta norma (número 2095/2009, de 18 de febrero de 2010) se planteó extensamente la posibilidad de dicha derogación, habida cuenta de que la misma venía a incidir en el régimen de la profesión de habilitados, cuya regulación había

autorizado y dibujado en sus líneas generales una norma legislativa (la disposición final primera de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987) que se encontraba en vigor.

En otras palabras: lo que estaba en juego era si el poder reglamentario del Gobierno bastaba –sin más títulos que la potestad originaria del artículo 97 CE (se invocó también, sin éxito, la potestad de auto-organización, que claramente no daba pie a una reforma de este calado)- para derogar por sí el mencionado régimen profesional. Existía una genérica invocación al bloque de legalidad, concretamente al “espíritu” de la libertad de servicios recientemente incorporada al ordenamiento mediante Ley 17/2009, pero también esto resultaba manifiestamente insuficiente como habilitación legislativa.

Obsérvese, por último, que el problema se planteaba allí donde la diferenciación resultaba más sutil, *fuera* del ámbito de la reserva constitucional de ley. En efecto, dos eran las cuestiones a analizar: una, si la profesión de habilitado de clases pasivas era “titulada” (lo que hubiera exigido reserva de ley *stricto sensu*, a tenor del artículo 36 CE); otra, si aun rechazada la anterior y ya fuera de dicho campo, como mera profesión regulada por el legislador por propia decisión, podía el Gobierno oponerse al mandato contenido en la habilitación, que sirvió en su día para crear la profesión y cumpliría hoy la función de derogarla.

Lo primero fue resuelto sin ambages, tras un estudio de la jurisprudencia constitucional, que arrancaba justamente de la STC 83/1984, para concluir que “la profesión de habilitado de Clases Pasivas no es una profesión titulada, en el sentido que aquella jurisprudencia ha otorgado a la expresión en una interpretación conjunta de los artículos 36 y 149.1.30ª de la Constitución: la profesión titulada constituye el más alto grado de intervención del legislador sobre los intereses sociales que están en la base del ejercicio de una profesión e implica, no sólo regular la actividad ni establecer el régimen de una profesión en cuanto haz de actividades, sino condicionar su ejercicio -extrayéndolo así del ámbito de libertad profesional del artículo 35 de la Constitución- a la posesión de concretos títulos académicos (STC 83/1984), que han de ser además de estudios superiores ratificados por la consecución de un certificado (STC 42/1986) -cuya emisión corresponde competencialmente al Estado (STC 122/1989)- y que, en fin, no pueden confundirse con la mera capacitación oficial para el desempeño de una profesión (STC 111/1993) ni con la exigencia de determinados requisitos, autorizaciones, habilitaciones o con la superación de pruebas de aptitud (STC 122/1989)”.

En la segunda cuestión (la autorización normativa de la Ley 21/1986 y la derogación del Real Decreto 1678/1987), tras recordar el tenor de la primera norma –que se refería a una serie de extremos sobre adquisición y pérdida de la condición de habilitado; ejercicio de la profesión, deberes y obligaciones; sanciones y obligaciones especiales respecto de la Administración- se razonó en el sentido que sigue para formular una objeción de legalidad, que acabaría por dar lugar a la desaparición de la mencionada disposición derogatoria:

*"[N]o se establece una deslegalización ni tampoco hay una mera habilitación o autorización para regular la profesión de habilitados de Clases Pasivas, sino una auténtica remisión normativa, en el sentido de que contiene las líneas esenciales que han de orientar la regulación. El legislador, que no ha constituido una profesión titulada, no se ha desentendido completamente de la materia, dejándola a la libertad de profesión u oficio que con carácter general consagra el artículo 35 de la Constitución. Antes bien, ha ordenado adaptar la organización profesional al régimen de la Ley de Colegios Profesionales y ha establecido que se regulen los aspectos de la profesión relacionados con el interés general. Para esta última remisión normativa, puede decirse que presupone o parte de una noción previa de la función del habilitado de Clases Pasivas y establece una serie de aspectos sobre los que deberá versar: la adquisición y pérdida de tal condición, el ejercicio de la profesión con los deberes que comporta para con la Administración pública, el régimen sancionador y las garantías administrativas de su gestión.*

Puede decirse, por tanto, que la ley ha reconocido la existencia de esta profesión y ha ordenado regular los aspectos que inciden en el interés general. En otras palabras, *no existe aquí la reserva constitucional de ley que impone el artículo 36 de la Constitución para las profesiones tituladas. Pero sí hay un mandato del legislador al poder reglamentario para que regule la profesión. No se trata, por ello, de incumplir el plazo para el que fue otorgado el mandato al poder reglamentario o ciertas condiciones impuestas a éste (lo que no viciaría de ilegalidad al proyecto), sino de que se incumple de modo frontal lo dispuesto en dicho mandato, al derogar justamente lo que se ordenaba regular. La completa derogación del régimen de la profesión contradice la finalidad misma de la previsión legislativa y da lugar, de forma subrepticia, a crear un vacío allí donde el legislador había ordenado desarrollar esta materia.*

Cabe, en efecto, que la ley y el reglamento colaboren en la ordenación de esta materia (así lo entendió el citado dictamen del Consejo de Estado 51.260 de 1987, aun partiendo de que existía una reserva de ley ex artículo 36 de la Constitución). Pero *por vía reglamentaria no puede frustrarse el mandato establecido por el legislador, procediendo a derogar completamente este régimen. Competería, en su caso, a la ley disponer lo que fuera necesario sobre la extinción o la definición de los nuevos*

*contornos de la profesión regulada. Debe, en consecuencia, suprimirse el apartado 2 de la disposición derogatoria única del proyecto”.*

§ Todo ello, retomando el hilo de la exposición del poder reglamentario habilitado por la ley, puede resumirse en una triple nota que BAÑO LEÓN acertaba a sintetizar así: “1º) La reserva de ley no sólo implica necesidad de una ley, sino también de que ésta tenga un mínimo contenido material. 2º) Se admite la colaboración del poder reglamentario siempre que la habilitación concedida por la ley no le sitúe de hecho en una situación semejante al legislador (la regulación ha de ser dependiente y subordinada a la ley habilitante). 3º) No son viables las remisiones que supongan auténticas ‘deslegalizaciones’; el Reglamento dentro de la reserva de ley tiene que ser un complemento de la misma”<sup>711</sup>.

Aclaremos de nuevo que esta concepción, según nos parece, puede extenderse sin grandes obstáculos a todo el campo de los reglamentos que se producen “en el ámbito” –por usar una expresión suficientemente amplia: de cualquier forma conectados o en desarrollo o ejecución- de la ley, exista o no reserva constitucional de ésta<sup>712</sup>. La base para hacerlo así radica en la justificación de la doctrina que reserva a la ley toda regulación limitativa de la los derechos de los particulares, lo que queda patente en el análisis de los criterios que permiten o excluyen, en el vigente marco constitucional, la existencia de reglamentos independientes<sup>713</sup>.

---

<sup>711</sup> *Ibidem*, pp. 90-91.

<sup>712</sup> Tan claro es, en una aproximación de sentido común, que *todo* reglamento podría en este sentido entenderse “enganchado” a la ley o al bloque de legalidad en sentido lato (cf. las expresiones de VILLAR PALASÍ al respecto: “nunca hay un reglamento autónomo puro, pues de una manera u otra se *enganchará* a una Ley anterior” [*Derecho Administrativo*, cit., p. 379]); como que un tal entendimiento resulta inadmisibile, en cuanto supondría dejar también *todo* el espacio abierto a reglamentos independientes, que no deberían justificar de forma específica la habilitación legislativa que les sustenta.

La exigencia de ésta, en el campo de la reserva, es patente; y fuera de él, lo es menos: depende en cada caso de si ha existido previa intervención del legislador y, de ser así, de hasta dónde haya querido llegar. Si no hay reserva y en ausencia de ley previa, el campo del reglamento *praeter legem* es amplio; si no la hay y existe habilitación, hay que estar a los términos de la misma. Cuando los términos de la remisión son específicos, o abren espacios tales como la potestad sancionadora o articulan potestades ablatorias, existe una obligación de ajuste por parte de la potestad reglamentaria estricta y controlable.

<sup>713</sup> De hecho, nos proponemos demostrar que esta concepción coincide en lo sustancial con la que sostiene, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, quien –al cerrar su breve pero incisiva exposición sobre el principio de legalidad en el ámbito constitucional- enumera las diversas situaciones en las que puede considerarse la “vinculación de la ley” conforme a dicho principio y comenta: “[E]sta distinción de regímenes del principio de legalidad opera tanto respecto de los reglamentos como respecto de los actos singulares que la Administración dicta, bien que, *en cuanto a los primeros, su relación con la ley obedece a reglas peculiares y muy complejas que no pueden exponerse aquí. Dichas reglas suelen englobarse*

## IV. El estudio institucional del principio de legalidad

### A. Vinculación positiva y principio de legalidad: los argumentos constitucionales sobre la existencia de poderes reglamentarios “en el marco de la ley”

§ Toda la construcción que se acaba de resumir cuadra especialmente bien con un acercamiento al principio de legalidad –a la exigencia de vinculación positiva en los productos normativos de la Administración– que distinga, por así decir, según una escala de incidencia. La cuestión acerca del grado de vinculación, que sigue siendo indispensable hacerse “habida cuenta de la radical contradicción que existe, en nuestro país, entre la posición de la doctrina y la realidad cotidiana”, la formula justamente en esos términos SANTAMARÍA PASTOR<sup>714</sup>, proponiendo una diversificación de supuestos.

Allí donde existen actuaciones públicas que poseen una eficacia ablatoria, donde en suma “el Parlamento existe no sólo para controlar al Gobierno, sino sobre todo porque sólo él está legitimado para adoptar las decisiones que afectan a la libertad o al patrimonio de los ciudadanos” (art. 53.1 CE), “la libertad de los ciudadanos —cualquier situación jurídica concreta, no sólo los derechos fundamentales– no puede ser limitada por la Administración si previamente no ha sido autorizada para ello por una ley” (léase también, en el ejercicio por aquélla de la potestad reglamentaria).

En el resto de intervenciones administrativas sin eficacia ablatoria (entre las cuales, las clásicamente llamadas organizativas, prestacionales y de fomento), el régimen de vinculación a la ley, también por el poder reglamentario, requiere un nivel de matiz muy superior. Entre otras razones, porque “no hay Parlamento en el mundo capaz de abordar el fenómeno de producción normativa en masa que requiere la sociedad actual con el ritmo que un régimen puro de vinculación positiva exigiría (a menos de convertir el poder legislativo en un puro órgano emisor de autorizaciones prácticamente

---

*bajo el rótulo de principio de reserva de ley* que, por lo mismo, no sería sino una especie del género que constituiría el principio de legalidad” [“El principio de legalidad (Derecho constitucional)”, *cit.*, p. 5080].

<sup>714</sup> Cf. “El principio de legalidad (Derecho constitucional)”, *cit.*, pp. 5079-5080, de donde se toma la cita anterior y las que siguen en el texto.

en blanco, lo que tampoco se compadecería con la finalidad institucional del principio)”<sup>715</sup>.

§ También el acercamiento al principio de legalidad que realiza BAÑO LEÓN sigue esta misma estela, que denomina gráficamente de “desmitificación” del significado de la vinculación positiva de la Administración a la ley. Es preciso –dice este autor– llevar a cabo un análisis institucional y no sólo textual de este principio, o lo que es igual, hay que comprender el principio de legalidad en sentido amplio, de sometimiento “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9.2 CE); lo que algunos autores, desde Merkl, han llamado principio de juridicidad<sup>716</sup>.

De este modo, se rechazan los argumentos constitucionales clásicos para vetar la existencia de reglamentos independientes o, como preferimos decirlo, se hace posible la existencia de poderes reglamentarios que se mueven “en el marco de la ley”, “de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 97 CE).

El primer razonamiento que se desecha es que una concepción tal sea contraria a la división de poderes o al Estado de Derecho. En cuanto a lo primero, “la existencia de un poder ejecutivo no elegido *directamente* por el pueblo no es argumento alguno para demostrar la incompatibilidad de un poder normativo independiente de la Constitución”; mientras que tampoco se ve oposición entre

---

<sup>715</sup> Cf. *ibidem*, p. 5080.

<sup>716</sup> Esta concepción amplia es seguida por numerosos autores como sometimiento al “bloque de legalidad” y aun al ordenamiento en su conjunto, bien que la mayor parte de ellos prefieren conservar la expresión clásica principio de legalidad (cf. la detallada cita que hace Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., en nota 243).

Lo que ahora interesa es que la *perspectiva* de estudio es completamente otra. Si antes –con el análisis de la reserva de ley– se trataba de ver hasta dónde puede/debe llegar la ley en sus relaciones con el reglamento, y por tanto cómo este último queda condicionado por aquélla (habilitación previa dentro de la reserva, y fuera de ella en ciertos casos); ahora se trata de estudiar cómo, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, la vinculación positiva se debilita en ciertos casos (admitiendo que los reglamentos, aun habilitados, gocen de cierta libertad de regulación “en el ámbito de la ley”).

Paradójicamente, algunos de los argumentos que sirven aquí –en la óptica del principio de legalidad– para “desmitificar” la vinculación positiva y decir p. ej. que el Parlamento no tiene por qué apoderar todas las actuaciones de la Administración; se usan también allí –cuando se trata de la reserva– para sostener, en cambio, que es necesario en ciertos casos que el Parlamento intervenga para pronunciarse sobre las líneas esenciales, garantizando el público debate sobre esos puntos y la transparencia del proceso. El razonamiento circular que comienza a abrirse con la idea de necesidad de habilitación (por la reserva o intervención en libertad); sigue después afirmando que, no obstante, en el campo autorizado la regulación por la Administración es muy amplia (reglamentos “independientes” en ese sentido); y termina por afirmar que el límite a estos últimos se encuentra de nuevo al comienzo, se sitúa en la novedosa responsabilidad o función (poder-deber) del legislador en el constitucionalismo actual.

reglamento independiente y Estado de Derecho, pues “la ley sigue manteniendo su primacía”<sup>717</sup>.

Tampoco el argumento democrático resulta oponible, ni en virtud de los razonamientos de D. Jesch relativos al necesario apoderamiento parlamentario en materia de prestaciones, ni, en el fondo, porque admitirlo supondría de nuevo cuestionar la legitimidad indirecta democrática de la Administración (en este sentido, Ossenbühl se refiere a la primacía de los actos de voluntad parlamentaria, pero no a la total reserva de ley). Un alegato muy similar se sitúa en el ámbito del Estado social de Derecho, diciendo que la dependencia actual del ciudadano de las prestaciones del Estado (Fortshoff) requiere de las garantías jurídicas que sólo la ley puede prestar. A lo que nuevamente se responde que la obligación estatal es configurar un orden social justo, sin que la reserva al legislador deba exceder de la regulación de las prestaciones más directamente ligadas a dicho fin protector.

En fin, y es lo que más interesa, la protección jurisdiccional de los ciudadanos no rechaza tampoco la idea de un reglamento independiente (o de uno ampliamente habilitado en el marco de la ley). Baste pensar que la extensión de la reserva no garantiza la defensa frente a los actos del legislativo, sino precisamente lo contrario. Como recuerda BAÑO, esta circunstancia ha sido una de las que más ha influido en el replanteamiento de la doctrina acerca del concepto de ley<sup>718</sup> y, en sentido amplio, a nosotros nos interesa justamente porque pone el acento en cuál es el papel que corresponde al legislativo, cuál al ejecutivo y qué control ejerce el juez sobre los reglamentos de las Administraciones independientes<sup>719</sup>.

---

<sup>717</sup> Cf. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., p. 179. Preferimos hablar, como luego se verá, de “centralidad” de la ley en el constitucionalismo actual, siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR.

<sup>718</sup> RUBIO, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley, La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 2ª ed. 1997, pp 283 ss.; Díez-PICAZO, L. Mª, “Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)”, *REDC*, 24 /1988), pp. 47 ss.; ARIÑO ORTIZ, G., “Leyes singulares, leyes de caso único”, *RAP* 118, pp. 57 ss.

<sup>719</sup> Y obsérvese que aquí, la cuestión esencial no es que sean independientes en rigor (si tal fueran, el control de los límites correspondería al juez contencioso-administrativo); sino que precisamente son reglamentos frecuentemente habilitados en blanco (de modo que el control relevante es el de constitucionalidad sobre la cláusula de habilitación, o bien –he aquí la importancia de la intermediación del Gobierno– sobre la remisión normativa reglamentaria). Sobre estos aspectos se trata en los siguientes apartados.

§ Finalmente, es de tener en cuenta que este punto de vista es el que se dice existente en algunos países de nuestro entorno, cuando reconocen reglamentos independientes.

En Alemania, "es unánime el reconocimiento al Banco Federal (*Bundesbank*) de un poder normativo, por ejemplo, sobre reservas mínimas, que no deriva de las previsiones del artículo 80 GG (que sólo prevé la autorización para dictar reglamentos jurídicos a los Gobiernos centrales y de los Länder), sino de la *necesidad de garantizar el ejercicio de una función (la supervisión bancaria), de acuerdo con la Constitución*". Se añade que, bajo la denominación reglamentos administrativos (*Verwaltungsvorschriften*), se comprende en ese país "no sólo las meras instrucciones para hacer posible la ejecución de las leyes sino también normas con efectos jurídicos *ad extra*. Desde la fundamental investigación de Ossenbühl al respecto, no cabe duda de que en ciertas materias (por ejemplo, subvenciones o normas técnicas) estas instrucciones administrativas afectan directamente a las pretensiones de los particulares, reduciendo la discrecionalidad administrativa", cuestión sobre la que se volverá después.

También en los Derechos francés e italiano se apoya la existencia de reglamentos independientes, si bien sobre bases menos convincentes, o al menos de menor interés a nuestros efectos: bien en el caso de Francia, porque la expresa construcción constitucional del reglamento autónomo –que en rigor es diferente– ha perdido buena parte, si no toda, su vigencia a partir de la Decisión del Consejo Constitucional de 30 de julio de 1982, nº 82-143 DC (*Loi sur les prix et les revenus*) y de la relativización de la tajante distinción entre ley y reglamento (cf. *supra* Capítulo I, apartado VI); bien porque la admisión en el caso de Italia ha partido, bajo supuestos determinados, de la propia decisión del legislador (Ley 400, de 23 de agosto de 1988)<sup>720</sup>.

#### **B. Centralidad del legislador: límites materiales de las remisiones normativas**

§ En este punto, el razonamiento vuelve de algún modo al comienzo o al menos echa la vista atrás, como ya se adelantó. Admitiendo que hay poderes reglamentarios de acuerdo con la ley, se

---

<sup>720</sup> Vid. sobre todo ello Baño León, *ibidem*, pp. 189-190.



torna esencial la cuestión de preguntar de nuevo por el significado de ésta: ¿puede –en estos términos- el legislador autorizar en blanco al reglamento? De no ser así, tal y como se intuye, ¿cuáles son los límites materiales de las remisiones normativas?

§ La cuestión, también se avanzó, se la formula antes y en términos más abstractos la doctrina constitucional. Preocupa a ésta la posición “nueva” de la ley en el constitucionalismo y también, si lo hubiera, el nuevo sentido del principio de legalidad.

En diversos trabajos sobre el particular, Rubio Llorente plantea la cuestión en términos amplios<sup>721</sup>. Es, sin duda, en “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley” (1983), donde se entra en abierta colisión con un concepto formal de la ley a la antigua usanza –como expresión de la voluntad general-, el cual se daba “a partir de unos supuestos constitucionales que ya no existen, de los que derivaban también unas consecuencias que no se producen ya” tras el destronamiento de la ley (pp. 289-290). La insuficiencia de este criterio es también manifiesta para resolver el problema de la reserva de ley. Tras el recuerdo del origen histórico de este último principio, que aportaba una “solución elegante” al problema Ley-Reglamento, la concepción dualista fue considerada inaceptable allí donde volvió a surgir la idea de soberanía del pueblo (Carré de Malberg). Con todo, “esta condenación genérica de la concepción dualista de la ley y de la noción misma de reserva de ley excede, sin embargo, de los límites de lo lógicamente posible e incurre en el error opuesto al que, generalmente, se reprocha al constitucionalismo alemán del Segundo Imperio (...) [Este rechazo] ignora *lo que hay de universal y abstracto (...) en la necesidad de acotar el ámbito material reservado a la ley y sustraído, por tanto, incluso frente a la voluntad del legislador, a la potestad reglamentaria*” (pp. 291-291).

La necesaria reintroducción de un concepto material de ley puede partir, decía Rubio, de las tres líneas apuntadas por Böckenförde: la democrática (deben quedar reservadas a la representación popular las decisiones políticas esenciales, las que trazan las directrices básicas del orden social), la del Estado de Derecho (que parte de atribuir al legislador “la competencia exclusiva para regular todos los ámbitos de libertad conectados con los

---

<sup>721</sup> Se citan todos ellos reunidos por el autor en su trabajo *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 2ª ed. 1997, pp. 251 ss; y siguiendo su colocación sistemática en dicha obra, lo que facilita además la apreciación de los matices que van introduciéndose.

derechos fundamentales”) y la del procedimiento legislativo (como aquél que garantiza la creación de Derecho mediante su elaboración, en un sistema democrático, en el Parlamento “a través de la discusión y de la negociación entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante de la opinión pública”) [p. 294].

La tesis encontró la oposición, como ya se ha dicho, de I. De Otto y a ello se debe la respuesta más acabada en “El principio de legalidad” (1993). Éste no cabe entenderlo sólo en el sentido más amplio del principio de juridicidad, de modo que se daría una redundancia en el artículo 9, apartados 1 y 3, de la Constitución. Si así se hace, “al excluirse del texto constitucional el principio de legalidad en su interpretación más obvia [como afirma De Otto], se da por supuesta la existencia de un ámbito de actuación estatal al margen de la Ley ‘formal’. Todo se hace reposar en el principio democrático, pero éste, si bien «impone (en la relación entre Ley y Reglamento) unas exigencias básicas en favor de la Ley: la existencia de reserva de Ley y la supremacía... fuera de esos mínimos deja indefinida una amplia zona de relaciones»” (p. 306, con cita literal de De Otto). Y ello no puede suceder a juicio de Rubio Llorente, pues en el artículo 97 de la Constitución la potestad reglamentaria y, más ampliamente, la potestad del Gobierno de actuar [función ejecutiva] “de acuerdo con la Constitución y las leyes” significa “sólo en la medida en que una y otras (pero no sólo aquélla) le permiten hacerlo”.

A su vez, el entendimiento de este último como sujeción plena a la ley, no queda satisfecho hoy con simples cláusulas de habilitación en blanco por parte del legislador, sino que requiere de la conjunción “principio de legalidad y reserva de ley”. (pp. 312-313). Una última e importante precisión gira sobre cuáles han de ser, entonces, las materias de la ley, no sólo allí donde exista reserva, sino también cuando se regule una materia que restrinja de uno u otro modo la libertad, o la propiedad, o bien imponga cargas económicas o dé lugar –por decirlo en una palabra– en su ejecución a actos de gravamen de la Administración (pp. 316-318, haciendo el importante distingo sobre su control jurisdiccional: si no hay reserva, el reglamento será ilegal, “pero difícilmente podrá invalidarse la Ley misma por no haber procedido a regular una materia que la Constitución no le obliga a regular”). Así: “El principio de legalidad exige que sea la Ley, no el reglamento, la fuente de las normas que

imponen a los ciudadanos cualquier género de obligaciones y cargas, la que crea los derechos de prestación que no se incluyen entre los derechos fundamentales y de manera más laxa e inconcreta, que trace las grandes líneas de la actividad subvencional y, más en general, de la actividad de fomento. El ámbito necesario de la Ley no abarca toda la creación de Derecho escrito, pero no se reduce en modo alguno al conjunto de las reservas concretas que la Constitución establece y por eso no cabe sostener que lo único que el legislador ha de hacer es dictar respecto de ellas 'algo que merezca el nombre de regulación' (De Otto, *Sistema de fuentes*, cit., p. 167) [...] A diferencia de lo que ocurre en el caso de las materias reservadas, sin embargo, el contenido mínimo de esta regulación no puede ser deducido del ámbito material que la Constitución garantiza; sólo cabe determinarlo por referencia a la 'estructura' propia de la Ley (...)", esto es, a su generalidad y abstracción (cf. pp. 321-322).

§ A la vista de todo lo anterior, cabe decir que el legislador ocupa, también en el ámbito administrativo económico en el que se mueve este trabajo, una posición que puede calificarse de *central*, si no ya de suprema por quedar sometido a la Constitución. Esta idea de centralidad del legislador es propuesta por SANTAMARÍA PASTOR, en el marco de la existencia de un sistema normativo que ha visto entrar en crisis todos sus caracteres clásicos, entendiendo por tales: la estatalidad, la generalidad y permanencia, su unidad formal (diversificación de los centros de producción normativa), la unilateralidad e imperatividad en el modo de normación y, en fin, su mismo carácter lingüístico proposicional-prescriptivo<sup>722</sup>. Esta concepción del ordenamiento como "complejo de elementos interactivos que forman una totalidad articulada, dinámica, autorregulada, abierta y plural"<sup>723</sup> ciertamente parece reclamar una recuperación de la posición de la ley en el moderno Estado regulador<sup>724</sup>.

---

<sup>722</sup> Cf. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, vol. I, 12004, pp. 146-152.

<sup>723</sup> *Ibidem*, pp. 172-173.

<sup>724</sup> Tal es el título del trabajo de MALARET I GARCÍA, E., "Regulación económica: su instrumentación normativa (el lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)", *Derecho Privado y Constitución*, nº 17 (enero-diciembre 2003), pp. 327-360. Allí se trata, sobre todo, de la específica forma de legislar a través de normas con rango de ley (Decretos-leyes, en particular) y de las leyes de acompañamiento. Una conclusión general es la relativa a que "[l]a eclosión de una nueva función estatal, la regulación, se produce en paralelo a una flexibilización del principio de legalidad. De un

Esta redefinición, por lo que ahora interesa, puede partir en el marco del principio de legalidad, tal y como ha sido descrito, del control de las cláusulas de remisión normativa cuando éstas se contengan en normas de rango legal.

§ Ante todo, digamos que este problema trasluce en el fondo una cuestión política, y no de mera decisión neutral, técnica o previa sobre qué se considera esencial y cuáles otros puntos merecen, por el contrario, la calificación de accidentales (correspondiendo los primeros al legislador y únicamente los segundos al reglamento). Baño León lo ha dicho de forma lapidaria al tratar de lo que llama el fundamento constitucional de la reserva parlamentaria: "La definición en cada caso del modo en que el reglamento completa la ley no es ni puede ser nunca una decisión exclusivamente teórica, es una decisión política cuya bondad o desacierto, para tener relevancia constitucional, requiere la ausencia de cualquier justificación material en la remisión o la concurrencia de valores constitucionales que podrían ponerse en riesgo si se permitiera una excesiva libertad a la Administración"<sup>725</sup>.

Sentado lo cual, se impone un análisis crítico de las diversas teorías en las que ha tratado de basarse esta limitación del legislativo. Haciendo abstracción de las nociones sobre "esencialidad" que se derivaron en la doctrina alemana a partir del artículo 80 de la Ley Fundamental de Bonn –pues es claro que no existe en nuestro Derecho un precepto que obligue a una disquisición similar–, las corrientes fundamentales vuelven de algún modo a las líneas ya apuntadas por Böckenforde.

La consideración del Parlamento democrático como "órgano auténticamente democrático frente al poder Ejecutivo" vale poco hoy enunciada de forma tan simple, pues el Gobierno también cuenta con esa legitimidad y, sobre todo, la visión realista de la separación de poderes hace que Gobierno y mayoría parlamentaria formen una línea de tensión, frente a otra representada por la oposición (sin perder de vista el juego de las minorías). La previsibilidad y solemnidad de las leyes, como una apelación a los valores de certeza y seguridad

---

principio de legalidad que debe ser entendido en su acepción de primacía del legislador en cuanto garantía de un procedimiento transparente de elaboración del derecho" (p. 360).

<sup>725</sup> Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., p. 100.

jurídica, frente a las disposiciones reglamentarias, tampoco resumen hoy el punto crucial: salvaguardadas las exigencias mínimas de publicidad por estas últimas, la crisis de la generalidad y permanencia afecta tanto a las normas de rango legal como a las inferiores, con la clara agravante de que la protección jurisdiccional es más asequible para las normas infralegales.

Gran parte de las construcciones, si no todas ellas con matices y énfasis distintos, apuntan a la especial naturaleza del procedimiento parlamentario. Habiéndose citado antes a Rubio, nótese que De Otto –aun partiendo en teoría de una concepción netamente distinta sobre la delimitación por reservas- hace cumplir a éstas la misma función: “La reserva de ley impide que eso ocurra [que el Gobierno pueda conseguir habilitación, de “su” mayoría parlamentaria, para regular cualquier materia por vía reglamentaria] *en las materias que son su objeto*, y al obligar a que se las someta a la discusión pública parlamentaria presta a la normativa resultante un plus de legitimidad y garantiza para ella el pluralismo democrático, al dar a la oposición la posibilidad de exponer sus puntos de vista y movilizar a la opinión pública en un procedimiento legislativo que se asienta sobre la publicidad, la contradicción y el debate. Por el contrario, la elaboración de las normas por el Gobierno carece de esa publicidad y debate, tiene lugar en el interior de la Administración sin un procedimiento encauzado al debate público y a la contraposición de opiniones políticas, sin más requisito que la audiencia a los ciudadanos afectados (artículo 105 [CE])”<sup>726</sup>.

Un paso más, que se sitúa según nos parece en una óptica ligeramente diferente, es el que da Baño León, autor que parte de una aceptación de todo cuanto se acaba de decir sobre el “hecho de que el procedimiento parlamentario brinda un procedimiento en el que la producción de normas jurídicas se sucede con la intervención, *aunque sea* contradictoria, de la oposición y en un espacio de tiempo que permite una mayor transparencia del proceso de elaboración hacia el conjunto de los ciudadanos”. Todo ello –dice- deja en pie una “última cuestión; me parece fundamental afirmar que en muchos supuestos puede estar justificado que el Reglamento incorpore una regulación realmente sustantiva o principal de la materia sin que por ello padezca la reserva de ley. En esas ocasiones, la Constitución

---

<sup>726</sup> DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 153.

exige al legislador *justificar razonablemente la remisión*, o lo que es lo mismo, mostrar que el Reglamento es un instrumento más apropiado que la ley para regular esa materia [...] Lo que importa es que el legislador (y esto quiere decir la mayoría y la oposición parlamentaria) tenga ocasión de pronunciarse sobre los aspectos esenciales de la ley [...] Que no quede abierta incondicionalmente al reglamento la regulación sustantiva, *salvo cuando exista una justificación material suficiente* [...] La cuestión, en suma, no es distinguir entre lo esencial y lo accidental dentro de la reserva de ley, *sino indagar si la remisión es idónea*"<sup>727</sup>.

Únicamente, para terminar con el problema de los fundamentos y pasar al análisis de las remisiones, nos parece oportuno apuntar que una construcción de este tipo está en clara conexión con una teoría de la legitimidad material, como la que se describió en el Capítulo IX a propósito de la que concurre en la actividad de las Administraciones independientes. Martin KRIELE en su *Introducción a la Teoría del Estado* ha subrayado que "sólo a partir de la comprensión de las razones en que se basa una ley, puede ésta ser interpretada y desarrollada, pueden llenarse las lagunas y proponerse nuevos proyectos de ley, etc. *Pero también el Estado en su totalidad y sus instituciones constitucionales sólo pueden ser comprendidos si se conocen las razones en que se basan*. Se los puede criticar y reforzar, si se conocen estas razones"<sup>728</sup>.

§ Ya desde la perspectiva más concreta de la configuración legal de las remisiones normativas<sup>729</sup>, se ha de hacer notar en primer término que, una vez más, resultan de utilidad algunas aportaciones teóricamente sólo concebidas para el funcionamiento del sistema de reservas. Nos referimos a la distinción de I. De Otto entre reservas

---

<sup>727</sup> Cf. BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., pp. 96-101 (cursivas nuestras).

<sup>728</sup> KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. Eugenio Bulygin ed. Depalma, Buenos Aires 1980, p. 39.

<sup>729</sup> Haciendo abstracción de las teorías que sitúan a éstas como especie de un género, que incluiría las deslegalizaciones y las delegaciones legislativas. Aun cuando un planteamiento de este tipo puede dar lugar a críticas (De Otto las compendia diciendo que agrupar estos tres fenómenos, aunque sólo sea a efectos de estudio y marcando sus diferencias, como una alteración de las relaciones ley-reglamento "carece de fundamento en el derecho constitucional vigente": cf. *Sistema de fuentes*, cit., p. 238), lo cierto es que su utilidad puede seguir apreciándose *de facto* cf. por ejemplo la Memoria del Consejo de Estado de 1990, y los cinco primeros apartados de las observaciones y sugerencias, que tratan —con un enfoque general y de carácter marcadamente práctico— sobre la delimitación de la potestad reglamentaria y los muy diversos límites que imponen la delegación legislativa, la deslegalización y la potestad reglamentaria habilitada por remisión normativa.

horizontales y verticales. Esta categorización, que desplaza desde los postulados del autor a la tradicional entre reservas absolutas y relativas<sup>730</sup>, permite explicar la posibilidad de reglamentos en materias sujetas a reserva. Su comprensión parte de la aguda observación de que la reserva no tiene por objetos *materias*, sino su *tratamiento* jurídico o disciplina normativa: así, dice el autor, “las normas que afectan al sector de la realidad o pertenecen al sector del ordenamiento de que se trate, por ejemplo al llamado estatuto de los funcionarios”.

Cuando lo que se reserva es un entero sector de una materia, dando lugar a una distribución que podría llamarse horizontal, no hay problema. Así sucede al reservar la Constitución *la libre elección* de la profesión u oficio o *la regulación del ejercicio* de las profesiones tituladas (arts. 35 y 36 CE), reservándose a la ley en el primer caso el punto concreto que señala el constituyente y en el segundo el régimen en su conjunto. En cambio, en muchos otros supuestos – entre ellos, el de la definición de la *legislación vigente* cuando referida a faltas o a sanciones administrativas (art. 25.1 CE)- existe “un criterio vertical, de modo que las normas básicas o de principio deben tener rango legal y se permite al reglamento una normativa complementaria o de desarrollo”. En estos casos, la falta de precisión terminológica de la Constitución “no impide que caso por caso se identifique el efectivo alcance de la reserva *mediante un análisis de la función que ésta pueda cumplir y de las peculiaridades propias del objeto*”<sup>731</sup>.

Eso explica, en fin, que para este autor en muchos casos no sean inútiles las cláusulas de remisión normativa, pues “cumplen una

---

<sup>730</sup> En efecto, con la lógica que caracteriza toda su construcción, De Otto sienta que “la idea misma de una reserva relativa –degradable mediante deslegalización o remisión- es constitucionalmente inadmisibile. La reserva no puede ser en ningún caso relativa o elástica, porque no está a disposición del legislador, y calificar de relativa una reserva es tanto como decir que, si bien las normas tendrían que ostentar rango de ley, el legislador puede permitir que sea otro distinto. De ningún modo puede ser así: si la remisión al reglamento es lícita, sólo puede deberse a que el sector de la disciplina normativa que va a regularse reglamentariamente no está sujeto a reserva” (cf. *Sistema de fuentes*, cit., p. 232).

Lo que resulta inatacable desde esas bases, puede explicarse sin embargo si se ven las cosas de otro modo. De Otto admite –como lo veremos seguidamente en el texto- que, incluso en el ámbito de la reserva, puede colaborar el reglamento: puede hacerlo en ciertos *sectores* de la materia, e incluso, aunque no sea posible hacer ese corte tajante, si colabora dentro de una predeterminación legal básica que no esté hecha según sectores (lo que llama reserva vertical). Pero entonces, insistimos, no se ve la diferencia en la práctica entre su posición y la de quienes conceden que la reserva puede relativizarse a veces. Nos parece que se está hablando, en los dos casos, de lo mismo.

<sup>731</sup> *Ibidem.*, pp. 230-231 (cursiva nuestra).

función de complemento de los límites a que está sujeto el reglamento por la jerarquía normativa, pues sirven para acotar más cuidadosamente el espacio que queda libre tras la regulación que la ley contiene (...) Esta posibilidad de utilizar las cláusulas de remisión para orientar expresamente la regulación ulterior tiene especial importancia cuando hay una reserva de ley construida sobre la distinción entre una normativa básica, que será legal, y otra complementaria, abierta al reglamento (...) De ahí deriva la relevancia de estas cláusulas de remisión y su posibilidad de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional, pues las remisiones serán inconstitucionales cuando con ellas se venga a alterar la reserva confiriendo una habilitación en blanco o permitiendo cualquier regulación que por imperativo constitucional esté excluida de la potestad reglamentaria”<sup>732</sup>.

§ Unas últimas precisiones se imponen partiendo de la consideración del principio de legalidad, justamente en uno de los ámbitos que acaba de mencionarse, el del *Derecho Administrativo sancionador*. En la obra de NIETO del mismo título<sup>733</sup> se hace un penetrante análisis tanto de la reserva legal como del principio de legalidad en este campo, del que cabe entresacar algunas conclusiones relativas al tenor de las remisiones normativas.

Arranca el autor de la formación del principio de legalidad y de su deterioro actual en esta materia, de modo que, tras la agregación paulatina de sus elementos esenciales (tipificación en norma previa; *lex certa* en el sentido de precisa; requisito de norma con rango de ley) ha ido viendo también su posterior arrumbamiento: sustitución por el principio de (mera) antijuridicidad en norma de cualquier rango, tipificación indirecta o por remisión, hasta el extremo de prescindir de la reserva legal lisa y llanamente y sustituirla por la exigencia de simple cobertura legal<sup>734</sup>.

El diagnóstico se complica cuando se trata de la reserva legal para el ejercicio de la potestad sancionadora. Además de recordar el sentido tradicional y el sentido moderno de la figura –consistiendo este último, no ya en que “el Parlamento ‘pueda’ decidir sobre las

---

<sup>732</sup> *Ibidem*, pp. 236-237.

<sup>733</sup> Cf. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, que citamos por la 4ª edición totalmente reformada, Civitas, Madrid, 2005.

<sup>734</sup> *Ibidem*, pp. 201-206.



cuestiones reservadas bien sea directamente (...) bien sea indirectamente (...) sino que tiene el 'deber' de hacerlo, pues no puede esquivar el mandato constitucional" y más allá en la exigencia del procedimiento parlamentario, que puede remitir al reglamento cuando exista causa objetiva que lo justifique<sup>735</sup>-, se pregunta por las distintas formas de aparecer en la práctica la colaboración reglamentaria.

Ésta tiene, en primer lugar, sus límites que podemos llamar inmanentes, los que se traspasarían mediante habilitaciones en blanco o remisiones insuficientes: "[n]o se respeta, pues, el principio de reserva legal si el legislador se contenta con abrir el paso a la regulación reglamentaria sin añadir precisión alguna: lo que, en rigor, no sería una remisión en sentido propio sino una mera habilitación para producir un Reglamento. Esto sería bastante, desde luego, si la institución se encontrara inserta exclusivamente en el marco del principio democrático; pero ya sabemos que actualmente éste está superado y que la funcionalidad de aquélla es muy otra. El mandato constitucional es hoy, por tanto, mucho más amplio y exige una regulación *positiva* por parte del legislador, del que no puede librarse tan fácilmente a través de una remisión puramente formal. Por ello mismo, una habilitación en blanco equivale a una falta de habilitación, tal como advierte con precisión y contundencia la STC 42/1987, de 7 de abril (...) "<sup>736</sup>.

El análisis se hace aún más fino cuando se estudia el llamamiento a la colaboración reglamentaria, a través de dos figuras distintas conectadas con la reserva legal: la habilitación y la genuina remisión normativa. Dentro de la reserva, la ley debe, primero, autorizar el dictado del reglamento o habilitar su presencia, abrirle la puerta y ha de establecer, a continuación, unos criterios mínimos vinculantes para el reglamento posterior (remisión normativa). Es más: *"una ley sancionadora escrupulosa habría de utilizar la siguiente fórmula: primero explicaría su propia incompletad justificando la llamada a la colaboración reglamentaria; luego, habilitaría de forma expresa un futuro reglamento (...) y, en fin, establecería las pautas o*

---

<sup>735</sup> Cf. *ibidem*, pp. 258-260.

<sup>736</sup> *Ibidem*, p.267.

*criterios a los que habría de sujetarse la posterior reglamentación, remitiéndose con estas condiciones a su contenido*"<sup>737</sup>.

Respecto a las habilitaciones genéricas en cláusulas de estilo hay que decir que "este tipo de habilitaciones sin precisión alguna de contenido carecen de eficacia y responden a una práctica inercial importante quizás en su día, pero que hoy carece de sentido dentro del sistema vigente. Porque una de dos: o se refieren a materias no reservadas a ley o a materias reservadas". Si lo primero, la cláusula es *innecesaria* porque la Constitución reconoce al Gobierno la potestad reglamentaria, de modo que, "cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte, autoriza directamente al Gobierno para reglamentar, al menos y en todo caso, cualquier materia que no esté reservada a la ley y no afecte a los derechos y libertades públicas de los individuos. Y si se refieren, por el contrario, a materias reservadas, la cláusula es *inválida*" por falta de concreción. En consecuencia, estas habilitaciones "no tienen, por tanto, eficacia habitual para reglamentar. Pero es que, aunque la tuvieran, no serían suficientes para establecer una remisión normativa válida, dado que con ella no se cumplen las exigencias constitucionales de concreción de los elementos esenciales que han de servir de pauta para el desarrollo reglamentario"<sup>738</sup>.

---

<sup>737</sup> *Ibidem*, pp. 273-274 (cursiva original). El reverso o presupuesto de la figura desde el punto de vista del Legislativo –las llamadas leyes en blanco o de remisión– no son en puridad 'cheques en blanco' aclara Nieto, "que el Ejecutivo puede llenar a su gusto, sino una *ley incompleta* (por su contenido) o una *ley de remisión* (por su función) que, consciente de sus carencias, encomienda efectivamente al Reglamento la tarea de completarlas, aunque cuidándose de indicarle cómo" (*ibidem*, pp. 265-266, cursiva en el original).

<sup>738</sup> Cf. *ibidem*, p. 275. La tacha de invalidez afecta, pues, a las habilitaciones genéricas en materia administrativa sancionadora porque la Constitución exige aquí una serie de elementos esenciales que ha de cubrir al menos la remisión normativa. Fuera de la reserva, estas cláusulas se revelan en general ineficaces (y en ese sentido, innecesarias), pero habrá que atender a la materia concreta y a las exigencias constitucionales porque éstas, entre otros extremos y como apunta el autor, podrán afectar a "derechos y libertades públicas de los individuos". Y aquí se recobraría la exigencia de auténticas remisiones normativas orientadoras del contenido, para su validez. Lo que conecta con un entendimiento amplio del principio de legalidad en nuestro Derecho.

Eso explica también que NIETO cite en este extremo a REBOLLO PUIG, M. ("Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RAP* n° 12, mayo-agosto 1991, pp. 125 ss.), pues en efecto este autor –aunque diferencia categóricamente ambas instituciones: principio de legalidad y reserva–, concede que "la interpretación extendida y hoy consagrada por el Tribunal Constitucional aproxima, en parte, las consecuencias del principio de legalidad y de la reserva de Ley sobre los Reglamentos. Como desarrollaremos inmediatamente, tal interpretación de la reserva lleva al siguiente régimen de los Reglamentos: admisión de los que se producen en las materias reservadas (...) siempre que exista en una Ley previa una habilitación normativa específica (...) y una regulación material que el Reglamento desarrolle dentro de estrictos límites" (p. 129).

Finalmente, hay que notar que ambas normas, la remitente y la remitida, integran un solo bloque normativo. Por ello, si la remisión supone que la ley puede renunciar a regular exhaustivamente la materia, no puede significar una renuncia en absoluto: algo tiene que regular, formando el reglamento su complemento normativo. Por lo demás, el defecto en la regulación material –el déficit de ordenación; en el caso del Derecho administrativo sancionador, el déficit de tipificación– puede imputarse a la norma legal o a la reglamentaria. En el primer caso, se trataría de la hipotética inconstitucionalidad de la ley; en el segundo, hay que plantearse si el reglamento es válido por contar con cobertura jurídica, o inválido si infringe el principio de reserva de ley (en este último supuesto, abriendo el control de los tribunales contencioso-administrativos: el supuesto reproduce el problema que dio lugar a las distintas soluciones de la STC 60/2000, de 2 de marzo, y del voto particular de uno de los magistrados)<sup>739</sup>.

**C. Posiciones del Gobierno y de la Administración (disposiciones administrativas; instrucciones y órdenes de servicio); papel del juez e incidencia del Derecho de la Unión Europea**

§ Uno de los argumentos tradicionalmente empleados para rechazar la colaboración reglamentaria dentro de la reserva –a *fortiori*, para vedar la admisión de reglamentos independientes– es el relativo a la protección jurisdiccional de los ciudadanos. Ya se hizo notar que BAÑO LEÓN se opuso de forma realista a la invocación de este principio, pues parece claro que es más sencillo obtener la tutela frente a las disposiciones administrativas que frente a las leyes, cuyo control requeriría en general del planteamiento por el juez de la cuestión de inconstitucionalidad.

Desde el punto de vista de la normalidad institucional, cabe preguntarse por la eventual utilidad de la intermediación de las normas reglamentarias de grado superior (real decreto, orden ministerial), lo que nos pondrá en camino de estudiar el sentido de la llamada “doble habilitación o habilitación concurrente” cuando se trata de los productos normativos de las Administraciones independientes.

---

<sup>739</sup> Cf. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, cit., pp. 276-277.

§ En una perspectiva todavía general, es claro que el juez puede controlar, y controla de hecho, la eventual ilegalidad de las remisiones reglamentarias.

Tan frecuentes como las declaraciones de inconstitucionalidad de las cláusulas de autorización legales en blanco (SSTC 83/1984 y 99/1987, de 11 de junio y muchas otras) son las declaraciones de ilegalidad de los reglamentos “excesivamente” habilitados, pues – como explica de nuevo NIETO- “si recordamos ahora que las cláusulas de habilitación y de remisión son el puente que enlaza la ley y el reglamento, fácil es comprender que dicho puente puede ser examinado desde las dos orillas. Cuando el Tribunal Constitucional está revisando una ley, extiende su control a estas cláusulas, en cuanto que forman parte de la ley revisada y puede declarar su nulidad por inconstitucionalidad. Pero las mismas cláusulas también pueden ser examinadas desde la orilla opuesta, desde el reglamento. Cuando el Tribunal contencioso-administrativo está revisando un reglamento, debe comprobar si cuenta con la habilitación y remisión suficientes *y si esto no es así, declarará la nulidad de la norma reglamentaria por vicio o insuficiencia de tales cláusulas*, a las que no podrá, sin embargo, anular por formar parte de un texto legal, que para el Tribunal contencioso-administrativo es inaccesible” (más bien podría decirse, por eso, que la declaración de ilegalidad vendrá por el vicio o exceso del reglamento: no por el defecto de la ley)<sup>740</sup>.

Es más, cuando la remisión es de un reglamento en favor de otro –como no es infrecuente, y mucho menos en materia de reglamentación por Administraciones independientes-, aquí la jurisdicción contencioso-administrativa tiene competencia plena, actúa por así decir desde las dos orillas: “puede declarar la nulidad de tales cláusulas [las autorizantes] al tiempo que la del Reglamento inferior dictado a su amparo”: *vid.* los propios ejemplos que ofrece el autor citado: SSTs de 8 de noviembre de 1988 (anulación de Orden Ministerial que carece de apoyo en la habilitación del Decreto previo) o las referencias a este control de los Tribunales ordinarios sobre las segundas remisiones reglamentarias en las SSTC 178/1989, de 2 de noviembre y 50/2003, de 17 de marzo<sup>741</sup>.

---

<sup>740</sup> *Ibidem*, p. 269 (cursiva nuestra, para explicar la precisión que se hace en el texto).

<sup>741</sup> *Ibidem*, pp. 269 y 279.

En fin, todavía en el excelente banco de pruebas del Derecho administrativo sancionador, NIETO ha advertido por último que los vicios de remisión –en particular, de aquellas remisiones que se refieren a la tipificación o al grado de precisión tipificante de las infracciones– pueden ser, entre otros muchos, de dos clases que nos interesa destacar ahora. De un lado, la remisión a una circular meramente aplicativa que no haya sido objeto de publicidad (STS de 17 de noviembre de 1992, que declaró la ilegalidad de la circular que se encargó de normalizar el contenido de un libro contable, cuya llevanza venía impuesta por real decreto, el cual tipificaba en general el incumplimiento de esta obligación remitiendo a aquélla). De otro, se ha extendido sobre la práctica legislativa de tipificación indirecta o residual, por remisión en algunos casos a circulares del Banco de España e incluso a normas técnicas de auditoría [artículos 1.5 y 5.1.f) LDIEC y artículo 16.4.a) de la Ley de Auditoría de Cuentas, en su redacción por Ley 12/2010, de 30 de junio]<sup>742</sup>.

§ Si se observa la cuestión desde el punto de vista de la Administración y no ya del Gobierno, se ha de tratar brevemente de las disposiciones administrativas, esto es de las circulares que aprueba la Administración, hoy conectadas a la figura de las instrucciones y órdenes de servicio del artículo 21 LRJAP, para distinguirlas de las normas de las Administraciones independientes<sup>743</sup>.

---

<sup>742</sup> Cf. *ibidem*, pp. 306 y 319 (los ejemplos se refieren, por lo demás, a dos realidades cuya distinción importa mucho en este trabajo y que se hará seguidamente: circulares aplicativas de la Administración, en el primer caso; auténtica potestad reglamentaria conferida a aun ente dotado de autonomía –por lo que se refiere al Banco de España–, en el segundo). Ahora no nos extendemos más en el punto relativo al contenido sancionador de estas reglas, sobre el que se volverá al tratar de las materias sobre las que recaen los reglamentos de las Administraciones independientes [*infra*, apartado V.A.2.d) de este Capítulo].

<sup>743</sup> Hay ya estudios sobre esta materia que ponen de relieve las diferencias entre las disposiciones administrativas (en ocasiones, con forma de circular) y la figura que ahora nos interesa: las normas, llamadas en ocasiones circulares y en otras instrucciones, de las Administraciones independientes. Nos referimos, en particular, a los trabajos de MOROTE SARRIÓN, J. V., *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (en especial, pp. 63-71) y de MELERO ALONSO, E., *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

En líneas generales, la óptica de ambos trabajos es bien diversa: el primero hace un estudio general de las que podríamos llamar circulares internas –en especial, de las interpretativas y las reductoras de discrecionalidad– (separándolas así de otras circulares, con efectos claramente *ad extra*, como las que son objeto de estudio aquí); en tanto que al segundo preocupa la única e indiscriminada aplicación de la noción de reglamento, tanto para designar los reales decretos del Gobierno y las órdenes de los Ministros –a éstos debería reservarse, a su juicio, el nombre reglamento, significando cierta “reserva de dirección política”–, como para nombrar todos los productos del vasto mundo de las disposiciones administrativas –emanadas tanto de las diversas Administraciones territoriales, como de los organismos públicos en el más amplio sentido, tanto que llega a englobar aquí las circulares del Banco de España; también en este

Ante todo, partiendo de que algunas de estas circulares tienen carácter auténticamente normativo o vinculante<sup>744</sup>, suele verse como fundamento de estas circulares aplicativas una especie de “potestad inherente a la función ejecutiva”. Se basan, dice MOROTE SARRIÓN, “en la propia esencia del poder ejecutivo. Las Leyes y las demás normas del Ordenamiento han de ser aplicadas y ésta es la labor del segundo de los poderes del Estado. No se trata de un poder delegado por parte del legislador. El artículo 97 de la Constitución le atribuye al

---

segundo campo, como disposiciones administrativas dictadas con base en la jerarquía, llegarían a incluirse las instrucciones y las órdenes de servicio.

La propia exposición que sigue en el texto irá haciendo ver cuáles son los matices aprovechables de una y otra construcción, para el caso de los reglamentos de las Administraciones independientes tal y como los consideramos. Por lo general, empleamos como sinónimos y sin mayor intento de precisión (circulares aplicativas o internas; circulares, instrucciones y órdenes de servicio; disposiciones administrativas; resoluciones de un órgano administrativo) *todas* las otras manifestaciones normativas de la Administración que no son, ni reglamentos con rango de real decreto u orden ministerial, ni tampoco las circulares, instrucciones... que hemos venido considerando al objeto del presente estudio.

Que estas últimas admitan un tratamiento separado y unitario como normas de las “Administraciones independientes”, es justamente la aspiración de este trabajo según las diversas razones que se han ido dando y las que se verán. Ahora sólo se trata de hacer una última distinción de figuras afines. Como única excepción –esto es, como realidad que en rigor respondería más bien a los parámetros de alguna de esas otras figuras afines (organismo público al que la ley autoriza a dictar normas *ad extra*)– se encuentran las normas aprobadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Que, a efectos de estudio, se incluya a sus productos junto a las normas de las Administraciones independientes, lo que claramente no es, responde exclusivamente a razones materiales o, por así decir, de integración de bloques normativos: las reglas que de él emanan se insertan y no pocas veces condicionan las aprobadas por los restantes reguladores (éstos sí, formando parte de las Administraciones independientes en el único sentido unitario hasta ahora en nuestro ordenamiento, el de la disposición adicional décima de la LOFAGE). Sobre las razones de esta inclusión, y las que existen para excluir a otras entidades con cierta afinidad, *vid.* lo que se dice más detalladamente en la Introducción.

<sup>744</sup> El tema es lo suficientemente complejo como para abordarlo en pocas líneas. Demos por sentado que, aunque la LRJAP habla hoy sólo de instrucciones y órdenes de servicio, “se han seguido dictando disposiciones de carácter general interpretativas y reductoras de la discrecionalidad que reciben el nombre de circulares y muchas de las cuales han sido publicadas” (MOROTE SARRIÓN, *Las circulares normativas de la Administración Pública*, cit., p. 228).

Por lo que hace a su carácter normativo, hablamos en general de “internas” no porque se entiendan como no jurídicas, ni por cuanto se basen en relaciones de especial sujeción ni en la potestad de auto-organización (porque, como nos consta, estas razones han sido desechadas por la propia Constitución, que para regular tales campos exige la intervención, no ya de normas jurídicas reglamentarias, sino de la ley con distintos grados de reserva). Sino que: 1º) son normativas porque, dice el citado autor, se integran en el sistema de fuentes –esto es, se han de tener en cuenta por el juez, en la línea de interpretación que marcan– ya que reducen la discrecionalidad en un cierto sentido, el que ha sido apuntado por la propia Administración (esta “reducción general de la discrecionalidad” es, para el autor, la base de lo normativo y por ello común a reglamentos y circulares: “quien debe ejercitar una actividad muchas veces, puede proponerse siempre una norma, una disciplina, una regla que seguir”, dice citando a Romano: p. 191; a nuestro juicio, de ahí pueden derivar reglas, como también de los contratos, pero lo que justamente falta es la consideración de fuente en el sentido de posición estable determinada por un rango [a su vez, órgano, procedimiento] y una forma de control). 2º) “Se trata, (...), por su objeto limitado a la interpretación y reducción de la discrecionalidad, de normas de rango inferior al reglamento habilitado, al que pueden interpretar o pueden reducir la discrecionalidad dejada por éste a la Administración”, de forma que no cabe que impongan obligaciones *ex novo* a los ciudadanos ya que estarían invadiendo el campo del reglamento tradicional (cf. p. 224, con cita de Pizzorusso). En este último sentido, decimos que tienen sentido o significado meramente “interno”, aplicativo o interpretativo.

Gobierno la función ejecutiva y dentro de esa función ejecutiva deben entenderse enmarcadas una serie de potestades instrumentales como son las que aquí se estudian, que son necesarias para poder ejercer correctamente el resto de potestades legalmente atribuidas a la Administración (...) En la actualidad las necesidades de la sociedad han cambiado, las exigencias de normación han crecido y por ello ya no basta la potestad reglamentaria sino que es necesaria la existencia de otra potestad normativa de segundo grado que se sitúa por debajo de aquélla. La participación de esta potestad de grado inferior a la reglamentaria en la normación tiene una importancia inversamente proporcional a la de aquélla, ya que cuanto más amplia sea la actuación reglamentaria menos espacio quedará a estas otras disposiciones”<sup>745</sup>.

Con independencia de que ello sitúe la cuestión en un ámbito muy diferente al que ahora nos interesa (justamente en la *otra* vertiente del artículo 97 CE, no en la de la potestad reglamentaria), es de notar que, precisamente en virtud de las mismas necesidades prácticas que han sido apuntadas, se ha señalado por MELERO ALONSO que debe hablarse en estos casos de actuación normativa de la Administración, de disposiciones administrativas y no por ello de reglamentos en sentido estricto del Gobierno, a quien debe corresponder, junto con las Cortes, una “reserva de dirección política”<sup>746</sup>.

---

<sup>745</sup> *Ibidem*, pp. 235-238. BAÑO LEÓN, en el prólogo de esta obra, se refiere en último lugar a esa misma realidad como fundamento de estas circulares normativas de la Administración: “Lo cierto es que en muchas ocasiones se hace preciso por razones organizativas o de eficiencia dar una interpretación fiable de las normas o suplir sus lagunas. Y que existe, en consecuencia, nos guste o no, un poder espontáneo de la Administración, como de toda organización compleja, para reducir la inseguridad de un ordenamiento cada vez más abstruso” (*ibidem*, p. 23). Y, como se vio en el Capítulo preliminar, hace después una traslación a este fenómeno de lo que sucedió históricamente con la potestad reglamentaria.

<sup>746</sup> Cf. MELERO ALONSO, E., *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, cit, en especial pp. 203 ss. En la construcción de este autor, las disposiciones administrativas no sólo están sujetas al principio de jerarquía normativa, sino que “se encuentran sometidas a un límite material: la reserva de dirección política”; entiende que el contenido de esta reserva puede ser cumplimentado tanto por normas de rango legal como por reglamentos, de modo que “mientras la reserva de ley distribuye el poder normativo entre las Cortes y el Gobierno, la reserva de dirección política realiza esta distribución entre el bloque Cortes Generales-Gobierno, por un lado y la Administración, por el otro”. Esta reserva garantiza no sólo la libertad de los ciudadanos, sino que también hace posible que “distintos órganos administrativos dicten normas que afecten a los derechos de los ciudadanos, siempre que sus elementos más importantes aparezcan previstos en la ley o en el reglamento”. En definitiva, “la reserva de dirección política no impone ni a la ley ni al reglamento un límite por debajo (...) [S]ólo funciona como límite frente a las disposiciones administrativas” (cf. pp. 213-214). Con una comprensión amplia, como se dijo, de lo que son disposiciones administrativas, también lo son las circulares dictadas por el Banco de España, constituyendo la LABE en este sentido una derogación específica de la reserva

§ Pues bien, de todo ello interesa tan sólo destacar ahora las diferencias con lo que sucede en el caso de los reglamentos de las Administraciones independientes. De forma general, puede decirse que los problemas implicados en el caso de estas disposiciones administrativas son de otro tipo, giran en torno a su suficiente publicidad o a la observancia del procedimiento de elaboración, etc.

Una primera cuestión de esta naturaleza es la que se plantea, en ocasiones, referida a la aptitud de las circulares del Banco de España y de la CNMV para transponer, en el último escalón, las directivas de la Unión Europea. Como se vio en el capítulo correspondiente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la preocupación del Derecho comunitario en este punto es doble: que la norma de Derecho interno cuente con la suficiente garantía de publicidad y que quede al abrigo de interpretaciones cambiantes por la propia Administración.

Este problema, que se presenta de forma muy aguda en Alemania por la existencia de las disposiciones administrativas internas [*Verwaltungsvorschriften*] que desarrollan o ejecutan normas jurídicas<sup>747</sup>, dio lugar a la conocida jurisprudencia del TJCE iniciada por la sentencia 30 de mayo de 1991, *Comisión c. Alemania*, C-361/88, que estableció que tales disposiciones administrativas no

---

general de dirección política (cf. p. 216 y pp. 270 ss., en el entendimiento de que existe una justificación constitucional para dotar de autonomía a la definición de la política monetaria).

A. MENÉNDEZ REXACH, en el prólogo a esta obra, ahonda en las preocupaciones que giran en torno a “la potestad normativa de los órganos administrativos y de los organismos públicos que, obviamente, ya no forman parte del Gobierno, sino de la Administración”, partiendo de que en el ordenamiento vigente “no hay un precepto equivalente al contenido en el artículo 23.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (LRJAE)”, siendo así que “la jerarquía de los ‘reglamentos’ se sitúa ahora en el artículo 23.3 de la Ley del Gobierno con sólo dos escalones: disposiciones aprobadas por Real Decreto y disposiciones aprobadas por Orden Ministerial” y, en fin, que la legislación administrativa general (artículo 21 LRJAP) tampoco contiene el régimen de las disposiciones de órganos inferiores al Ministro, sino tan sólo de las instrucciones y órdenes de servicio (cf. *ibidem*, pp. 13-14). Enfrentados a esta potestad normativa de la Administración que va más allá de las instrucciones y órdenes de servicio –y asumiendo que éstas no son únicamente internas, en el sentido de “dirección de los servicios”, sino que van frecuentemente mucho más allá-, caben dos posturas, dice: denegarla algo dogmáticamente (pues, además de la realidad, está el hecho de que la prohibición de delegar facultades normativas sólo tiene rango legal), o bien admitirla “para encauzarla y ordenarla jurídicamente”, lo que admitiría su configuración “como una potestad normativa propia o delegada (por el Gobierno), atribuida con carácter general (y, por tanto, ejercitable sin necesidad de autorización específica) o bien para casos concretos (y, por tanto, necesitada de dicha autorización)” (cf. pp. 16-17).

<sup>747</sup> Cf. E. SCHMIDT-ASSMAN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática* [pról. A. López Pina y trad. por varios autores; en esta materia por R. García Macho], INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 340-341. Aclara el traductor, para el lector español, que estas disposiciones administrativas, “que se corresponden básicamente con las circulares e instrucciones del Derecho español, no son normas jurídicas, no son reglamentos”, aunque pueden “desarrollar una Ley o un Reglamento, como se explica en el texto”.



son un instrumento adecuado para la transposición de directivas comunitarias porque no se ha acreditado suficientemente que vinculen a terceros. Y sentó la doctrina general relativa a que “la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de su contenido en una disposición legal expresa y específica y, en función de su contenido, puede ser suficiente un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de manera suficientemente clara y precisa” (jurisprudencia reiterada después en las Sentencias de 7 de enero de 2004, Comisión/España, C-58/02 y de 20 de octubre de 2005, Comisión/Reino Unido, C-6/04).

Aunque en nuestro Derecho la cuestión se ha presentado en contadas ocasiones<sup>748</sup>, es frecuente que se recuerde esta doctrina en trance de incorporar el Derecho de la Unión Europea mediante circulares indudablemente normativas, como las del Banco de España y la propia CNMV. En resumen, puede considerarse pacífico que el uso de éstas en la incorporación del Derecho comunitario “es relativamente intenso, sin que produzca, sin embargo, problema alguno en relación con el principio de seguridad jurídica del Tribunal de Justicia”, debido al régimen de publicidad que aquéllas observan<sup>749</sup>.

En fin, otro problema cercano a los que plantean las disposiciones administrativas en general es el relativo al procedimiento y a las posibilidades de control sobre las normas reglamentarias habilitantes.

En efecto, se vio también en un capítulo anterior cómo, una vez reconocida la capacidad normativa del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas –entidad que tiene la condición de organismo público–, se preguntó el Tribunal Supremo por la circunstancia de si debía observar las normas de elaboración de disposiciones generales previstas en la Ley del Gobierno; concretamente, se debatía sobre la

---

<sup>748</sup> La STJCE de 12 de enero de 2006, *Comisión c. España*, C-132/04, condenó a España por la falta de transposición, en el ámbito de la Guardia Civil, de una directiva sobre seguridad y salud de los trabajadores, en relación con la cual se habían dictado diversas instrucciones de las que no constaba su publicación y que se consideraron insuficientes para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

<sup>749</sup> Cf. PASCUA MATEO, “La ejecución normativa del Derecho comunitario en España”, *cit.*, pp. 555-556 y el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, *cit.*, pp. 147-148.

exigencia de recabar el dictamen del Consejo de Estado [artículos 24 y 5.1.h) de la citada Ley]. Aunque la cuestión ha recibido hoy una respuesta clara por vía legislativa, las sentencias de 27 de octubre de 1997 y 24 de octubre de 2003 entendieron, en una interpretación no exenta de riesgos, que las resoluciones del ICAC “no constituyen un elemento normativo que surja aisladamente, sino que forman parte de una cadena sucesiva de normas que se han ido dictando, las unas en desarrollo de las otras; cadena de la que forma parte el Real Decreto 1.643/1990, de 20 de diciembre, que autorizaron al ICAC a dictar las Resoluciones cuya validez ahora se pone en duda, sin olvidar que en la elaboración de aquel Real Decreto se cumplieron los trámites que ahora echa en falta la recurrente, habiendo dictaminado favorablemente el Consejo de Estado en relación con la potestad normativa del ICAC y su contenido”<sup>750</sup>.

## **V. Los últimos escalones del grupo normativo**

### **A. Exigencias de las remisiones normativas realizadas a los reglamentos de las Administraciones independientes**

#### *1. La realidad de las habilitaciones*

§ De todo lo anterior difiere en gran medida la práctica que viene observándose en la aprobación de las normas por las llamadas Administraciones independientes y por el ICAC.

Además de las cuestiones relativas al poder del legislador y al campo que debe quedar a éste en la regulación económica<sup>751</sup>, lo que

---

<sup>750</sup> Es claro que con ello no se agotan todas las cuestiones que plantean en la práctica las normas dictadas por los órganos administrativos. Por citar otra de importancia –cuya distinción con lo que sucede en el caso de las llamadas Administraciones independientes se verá después-, debería aludirse a la diferenciación, también en este ámbito, entre habilitación normativa o atribución específica en favor de ciertos órganos y bajo determinadas condiciones, y la prohibición relativa a que “en ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a (...) la adopción de disposiciones de carácter general” [artículo 13, apartado 2.b), LRJAP].

<sup>751</sup> La cuestión, lejos de estar agotada, se plantea cada vez que se abordan estas materias en fase prelegislativa. *Vid.* las reflexiones sobre “la delimitación de materias entre Ley y Reglamento con especial referencia a la transposición de Directivas” en la Memoria del Consejo de Estado del año 2008 (<http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202008.pdf>), pp. 206 ss. En especial, lo que se dice en el punto 2, en el sentido de que “la ley no debe limitarse a establecer habilitaciones a la norma reglamentaria (que con no poca frecuencia autoriza, a su vez, a la regulación de la materia por orden ministerial o incluso por disposición emanada de los organismos supervisores en los ámbitos bancario o bursátil). En esta especie de cadena de habilitaciones normativas, compete al legislador la toma de decisiones en aspectos que, o bien quedan cubiertos por la reserva de ley, o bien conviene que se recojan en norma de tal rango en atención a la trascendencia de la regulación o por afectar a zonas que se estiman de interés

está en juego es la función encomendada por la ley, a través en su caso de las habilitaciones reglamentarias intermedias, a cada una de las entidades dotadas de autonomía. Como se verá en lo que sigue, las habilitaciones que abren la potestad reglamentaria de estas entidades se han ido consolidando, sobre todo en un primer momento, en la práctica; sólo después, con cierta perspectiva y al hilo de una jurisprudencia relativamente constante aunque escasa, se ha intentado alguna teorización de estas autorizaciones normativas (que presenta, a nuestro juicio, aspectos que deberían ser objeto de aclaración y mejora).

§ Como se recuerda, fue el caso del Banco de España el que, sin duda, sirvió primero para afrontar casi todas las cuestiones que se presentan a propósito de esta novedosa potestad normativa. Novedosa, al menos, porque aun cuando se recordó justamente en un primer momento de polémica en torno a la posibilidad de formalizar de algún modo la emisión de circulares por esta entidad (lo hizo T. R. FERNÁNDEZ en polémica con PARADA<sup>752</sup>), que siempre habían existido tales normas con diverso alcance, al menos desde la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 e indudablemente desde la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962, no se había hecho un planteamiento frontal como el que obligaba a realizar, desde todo punto de vista, la Constitución.

Una primera y lógica preocupación en tal momento –que ha marcado después, hasta hoy, todo acercamiento a la cuestión– es que el otorgamiento de estas potestades reglamentarias no debe hacerse en detrimento o recortando el campo de actuación originario de la potestad reglamentaria, que es el que corresponde al Gobierno (artículo 97 CE). El bagaje que existía ya en aquellos años, tras la sedimentación de los conceptos de la LRJAE y la LPA de 1957 y 1958 respectivamente, hizo que el problema se enfocase desde el punto de vista de la potestad normativa de los Ministros, y eventualmente de otros órganos a quienes la ley pudiera encomendar dicho poder.

---

general” (pp. 212 ss., con cita de los dictámenes número 1.551/2006, de 14 de septiembre, sobre el anteproyecto de ley de modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y 119/2009, de 18 de marzo, sobre el anteproyecto de Ley de servicios de pago).

<sup>752</sup> En lo que sigue en este apartado se trata de hacer una recapitulación, extrayendo conclusiones, de las diversas vicisitudes legales de los textos que han ido encomendado la potestad reglamentaria a Administraciones independientes o entidades cuyos productos pueden asimilarse (ICAC), así como de las opiniones doctrinales vertidas al respecto. Como quiera que éstas han sido ya objeto de análisis en los capítulos correspondientes, por lo general se remite a ellos para localizar las citas precisas en cada caso.

Un respaldo a esta concepción, enfocándola aún desde la vigencia de la LORBE, vino de la mano de la STC 135/1992, la cual afirmó expresamente que “la desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria *desde la perspectiva del contenido de la norma*. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España, asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia [con cita de la LOCB de 1962]”, habiendo sentado antes que “bajando un escalón más en la jerarquía normativa, hay una serie de disposiciones o «medidas» que concretan elementos en blanco de la norma legal para permitir su adaptación a las circunstancias y, por ello, participan de esa misma naturaleza normativa (...) Por ello, tales actuaciones son desarrollo reglamentario, también básico, de la Ley en la cual encuentra cobertura específica esta deslegalización mediante la doble técnica de autorizar una eventual delegación del titular originario de la potestad o atribuirle directamente al Banco de España” (FJ 3, cursiva añadida por nosotros).

Sucedió, sin embargo, que las atinadas críticas que se hicieron a esta jurisprudencia –nos referimos, sobre todo, a las de MENÉNDEZ REXACH cuando afirmaba que no era necesario, además de que en el caso se usaron imprecisamente, acudir a las nociones de delegación ni desconcentración; sino que, justamente al contrario, bastaba con considerar que el art. 97 CE establecía la potestad reglamentaria del Gobierno “*de acuerdo con las leyes*”<sup>753</sup>– iban ya en una dirección opuesta a la que había emprendido el propio legislador.

En efecto, para dotar de algún andamiaje más sólido a estas potestades, que se iban viendo cada vez más necesarias no sólo en el

---

<sup>753</sup> Aun siendo absolutamente certeras estas críticas (la simple lectura de las líneas que se han transcrito de la sentencia evidencia el uso de cinco términos diferentes para designar una misma realidad: desconcentración, habilitación, advocación, deslegalización y delegación), se ha dejado en el olvido quizá el avance que aquélla supuso, al situar la cuestión con naturalidad –esto es, sin el corsé al que la sometió la LDIEC, como se ve después en el texto– directamente en el ámbito del art. 97 CE y de una potestad reglamentaria que depende, en el fondo, de la función del órgano autorizado y también “del contenido de la norma”, como hemos querido subrayarlo. Esto es, de la posición de estos reglamentos “bajando un escalón más en la jerarquía normativa” reglamentaria, pero participando “de esa misma naturaleza normativa” y siendo “desarrollo reglamentario, también básico, de la Ley” –lo que, ciertamente, es decir mucho más de cuanto ha debido después construirse con numerosas vacilaciones.

caso del Banco de España sino también en el de la CNMV, la LDIEC y la LMV idearon un sistema que después se ha dado en llamar de doble habilitación o habilitación concurrente (GARCÍA ÁLVAREZ). Con redacción muy similar, que sigue vigente por lo que se refiere a la CNMV, se estableció así que: "La Comisión Nacional del Mercado de Valores, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la presente Ley, podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos aprobados por el Gobierno o en las Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que *estas disposiciones* le habiliten de modo expreso para ello" (artículo 15, primer párrafo, de la LMV).

La larga tradición del Banco de España, e indudablemente el camino que ya había recorrido la doctrina hasta esa fecha, hicieron que surgieran críticas desde un doble frente a la regla similar contenida en la disposición adicional octava de la LDIEC. De un lado, se entendió que suponía un recorte a las posibilidades de regulación por el Banco de España de ciertas materias para las que le habilitase de forma directa la ley (así, sobre todo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y GALÁN CORONA). De otro, se dijo que la solución parecía apuntar, como base de esta potestad, a la teoría de la delegación legislativa en cadena – contra el principio *delegata potestas non delegatur*– más que a la de la remisión normativa, que de forma clara era la que debía fundar constitucionalmente esta figura (MARTÍN-RETORTILLO, POMED SÁNCHEZ y ARAGÓN REYES). La posterior solución de la LBE parece haber dejado todo en la indefinición (su artículo 3.1 habla de las "disposiciones precisas para el desarrollo de *aquellas normas* que le habiliten expresamente al efecto") pero no puede decirse que haya sido especialmente problemática.

§ Sin embargo, en el caso de la CNMV la doctrina posterior ha tratado de encontrar una explicación a esta doble exigencia de habilitación. A su vez, en este esfuerzo cabe encontrar dos direcciones.

Un grupo de autores se han cuidado de precisar que el artículo 15 de la LMV sólo contiene el otorgamiento general de potestad normativa, de forma que las autorizaciones específicas han de contenerse en las posteriores leyes dictadas al efecto (o en otros artículos de la propia LMV), como de hecho así sucede. La intermediación del real decreto u orden tendría por tanto la sola

virtualidad de ser una condición de ejercicio o actuación del poder normativo de la Comisión (MALARET I GARCIA; MAGIDE HERRERO), aunque no se aclara si en todos los casos o sólo cuando así lo decida la autorización específica –que es, de nuevo en la práctica, lo que ocurre.

Otra parte de la doctrina subraya, en cambio, que la LMV parece haber querido encomendar una autorización al poder reglamentario gubernamental o ministerial de una vez por todas, de forma éste pueda después, a su vez, autorizar el ejercicio de la potestad normativa de la CNMV (FUERTES LÓPEZ, GARCÍA ÁLVAREZ).

Aceptando que no se trata en estos casos de subdelegar, la autora citada en primer lugar ofrece varias explicaciones plausibles para justificar esta autorización escalonada: primero, que el legislador “parece querer salvaguardar de una vez, al describir esta facultad exorbitante de la Comisión, las futuras habilitaciones que del Gobierno o del Ministro se produzcan sin la intervención del legislador”; y además, precisa también que las numerosas remisiones reglamentarias que contiene la LMV justifican, de un lado, que sea el Gobierno, y no las Cortes Generales, el órgano encargado de especificar muchas de las opciones normativas del mercado de valores, “para no congelar aspectos notoriamente mudables ante las circunstancias económicas y dotar de mayor flexibilidad al sistema en su conjunto”; mientras que, de otro, “la habilitación específica del legislador sólo debe exigirse, por una parte, *con relación al Gobierno para que el mismo entre a regular algunos aspectos no esenciales de las materias reservadas a la ley por la Constitución* y, por otra parte, *en relación a otros órganos, para excluir la remisión general al Gobierno como titular originario de la potestad normativa* e investir al mismo de la fuerza de regular una materia concreta”<sup>754</sup>.

En lo anterior late también de alguna manera una idea que ha subrayado GARCÍA ÁLVAREZ, la de que la intermediación reglamentaria gubernamental o ministerial tiene, por así decir, un sentido sustantivo: el de que “no parece admisible que el Gobierno se pueda ver privado de dictar normas reglamentarias en un ámbito determinado en función de la atribución de tal potestad a otra entidad

---

<sup>754</sup> Cf. FUERTES LÓPEZ, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, cit., pp. 47-48. De alguna forma, un eco de esta explicación se encuentra en la idea de “reserva de dirección política” al Gobierno en este caso, que ha sostenido MELERO ALONSO (cf. *supra* nota 698).

*por una ley ordinaria. No es constitucionalmente posible restringir una potestad reglamentaria originaria como es la que, en el artículo 97 CE, se atribuye al Gobierno. En consecuencia, es preciso entender que las normas emanadas de la potestad reglamentaria de cualquier organismo regulador están jerárquicamente subordinadas a los reglamentos aprobados por el Gobierno, tanto si la ley sectorial lo establece expresamente como si no. No es admisible en Derecho español la creación de un ámbito reglamentario sustraído al principio de jerarquía normativa (...) El sistema de 'doble habilitación' o 'habilitación concurrente' funciona, de facto, como una autorización del legislador al Gobierno para que, directamente o a través de uno de sus miembros, active la potestad reglamentaria del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Comisión Nacional de Energía en una materia concreta, o, en otros términos, habilite a la entidad reguladora para el desarrollo reglamentario"*<sup>755</sup>.

Por último, alguna de estas nociones ha sido manejada ocasionalmente y a algunos efectos, en la jurisprudencia y en la doctrina del Consejo de Estado (cf. *supra* lo que hemos llamado "la práctica del sistema de doble habilitación" en la CNMV).

Ante todo, en la única sentencia que hasta el momento ha conocido de un recurso directo contra una Circular de la CNMV (la Circular 1/2004, de 17 de marzo, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades

---

<sup>755</sup> F. GARCÍA ÁLVAREZ, G., "Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico", cit., pp. 164-165 (cursivas nuestras). Se resaltan las ideas de esta posición, tan claramente expresada, con las que estamos en desacuerdo en los términos que se verán después. Primero, se dice que no es posible "restringir" la potestad reglamentaria originaria del Gobierno, pero se olvida que ésta se ejerce "de acuerdo con la Constitución y las leyes": por tanto, una ley ordinaria sí puede definir o modificar –restringir, en fin, en algunos casos– esta potestad otorgándola a otra entidad administrativa (siempre que no se rompa con ello la legitimidad democrática ni se frustre el control, pero éstas son ya otras cuestiones). *Cómo* se entienda el principio democrático acaso sea la clave, pero que aun con éste "el principio de legalidad sigue siendo el principio de legalidad", parafraseando a RUBIO ["La ley como garantías de los derechos del ciudadano", 1992, en *La forma del poder*, cit., p. 343], y que no sólo la Constitución sino también la ley –y hasta principalmente o centralmente la ley– es el poder que debe determinar el alcance de la potestad reglamentaria, es una de las conclusiones a las que se quiere llegar con este trabajo.

Segundo, que aun concedida en este modo la potestad reglamentaria, sigue estando sometida a la ley, es otro punto que nos parece claro y que resulta innecesario destacar. Pero –aquí la cuestión es de matiz– que esta sumisión signifique "subordinación jerárquica" ya no es tan obvio, y más bien tendemos a pensar que es una superioridad de otro tipo.

Y por último, que esta sumisión es así "tanto si la ley lo establece expresamente como si no" lo hace, es exacto sólo en la medida en que no existan leyes posteriores que varíen dicha regla, como lo prueban las numerosísimas habilitaciones *per saltum* que se hacen en las más diversas leyes bancarias y bursátiles a estas entidades.

emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas), se trataba de una remisión que abría potencialmente la regulación de la CNMV, exigiendo *en ese caso* habilitación expresa de Orden Ministerial (que fue, efectivamente, la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades, cuyo artículo 2 precisaba los términos de la remisión). En el supuesto, como observó fundadamente el tribunal, la norma de la Administración independiente establecía extremos que *"respetan el contenido mínimo de ambas normas, [y] explicitan reglas que en la Ley de Mercado de Valores están simplemente enunciadas"*, aclarándolas y desarrollándolas. La sentencia se cuidó asimismo de precisar que la autorización legal, "lejos de constituir una habilitación escueta, parca o restrictiva [...] recoge una verdadera remisión normativa que, presidida por la finalidad antedicha y con el contenido mínimo anteriormente aludido, encomienda a la potestad reglamentaria" el contenido y estructura de dicho informe.

En cuanto a la doctrina del Consejo de Estado, la atención a la habilitación intermedia y a su concurrencia –más que a ésta, a su *contenido efectivo*- en esta materia ha sido desigual.

En ciertas ocasiones, se ha dicho con carácter general que para el ejercicio de potestades normativas por la CNMV "siempre debe mediar una disposición reglamentaria –y una disposición reglamentaria con contenido sustantivo, que no consista en una mera disposición habilitadora- en la que precisamente se contendrá la habilitación a la Comisión, *reduciéndose así el ámbito material en el que puede entrar en juego la competencia normativa de la Comisión*" (dictamen 3.511/2001, de 17 de enero de 2002; la fórmula se repite en otros posteriores, como el nº 468/2009, de 7 de mayo; pero obsérvese que se ha dicho siempre para aseverar o confirmar que en el caso era así. Dicho de otro modo, no se ha hecho cuestión de esta exigencia en las Circulares directamente habilitadas por una Ley distinta a la LMV, o por un precepto de ésta diferente al artículo 15).

Con todavía mayor frecuencia, se ha recordado que la proliferación de estas habilitaciones, en especial cuando son vagas o prácticamente en blanco, da lugar a un auténtico problema de



seguridad jurídica. “Las numerosas habilitaciones a la CNMV, en términos generalmente en exceso indeterminados o amplios, plantean en última instancia un problema de legalidad y de seguridad jurídica, en tanto se origina un importante grado de fragmentación en la regulación del régimen jurídico de las IIC, así como una mayor complejidad en la aplicación y comprensión de estas previsiones” (dictamen nº 1.246/2005, de 29 de septiembre). A la vista de las numerosas autorizaciones en diversas materias, “el Consejo de Estado encarece aún más la necesidad de que la disposición final sexta del proyecto no se limite a autorizar en blanco la potestad de desarrollo normativo de dichos organismos, sino que determine al menos las materias sobre las que ha de recaer su regulación y las líneas esenciales que han de guiar aquélla” (dictamen nº 25/2008, de 25 de febrero; se trataba del proyecto del vigente Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras)<sup>756</sup>.

Por último, dos casos de mayor interés han sido los que informaron precisamente a propósito del informe de gobierno corporativo (dictámenes 3.737/2003, de 22 de diciembre y 110/2004, de 5 de febrero, sobre los proyectos de Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre y Orden ECO/354/2004, de 17 de febrero, respectivamente). El primero afirmó abiertamente que “es claro que la habilitación expresa a la CNMV ha de ser, en su caso, para el desarrollo de la Orden Ministerial proyectada, y no de las Leyes de que aquella trae causa. Así figura correctamente en la disposición final primera de la Orden, y no hay duda de que *tal es el único ámbito normativo (el reglamentario) en que puede producirse un desarrollo ulterior por la CNMV*”. Y después sugirió una mayor precisión de la orden habilitante, pero aclarando que “*esta concreción no debe exigirse en este caso respecto a la materia a desarrollar (que se dote de mayor grado de detalle), sino respecto de las propias facultades de la CNMV (...). En una palabra, debería precisarse que el desarrollo que pueda hacer la Comisión Nacional del Mercado de*

---

<sup>756</sup> Esta última exigencia es muy usual y las citas podrían multiplicarse: incluso “aun cuando la norma proyectada no contradice la ley ni su reglamento de desarrollo, sí resulta procedente, en todo caso, la inclusión en el proyecto sometido a consulta de las pautas o condiciones básicas que deben inspirar la regulación adoptada por la CNMV, pues así lo aconsejan no sólo razones de adecuada técnica legislativa, sino también y sobre todo, razones de seguridad jurídica” (dictamen nº 1.912/2007, de 8 de marzo, por todos).

*Valores debe circunscribirse al ámbito de sus atribuciones de carácter supervisor*<sup>757</sup>.

En fin, el dictamen 110/2004 sí que determinó la supresión, como observación esencial de legalidad, de un exceso en la habilitación que contenía el apartado tercero de la Orden, aunque lo fue por *no contar con autorización legal específica* (en lo relativo a instrumentos de información, más allá de lo previsto para sociedades cotizadas por el artículo 117 LMV).

§ Ya se ha visto que los problemas planteados por la capacidad normativa del ICAC han sido, últimamente y tras su reconocimiento en términos generales, de otro tipo, como los relativos al procedimiento de aprobación de disposiciones reglamentarias.

§ Tienen mayor enjundia, por ello, los intentos de sistematización que se han hecho a la vista de la extensión de estas potestades a otros reguladores, en especial porque alguno de estos regímenes se ha conectado directamente a la ley (CMT, en línea con la construcción del CSN), lo que ha hecho pensar en un doble modelo o sistema de atribución de poderes reglamentarios.

Según se vio en los capítulos correspondientes, en particular en el relativo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (*supra*, Capítulo VII, apartado IV.B)<sup>758</sup>, esta postura toma pie de la opinión que, para explicar el poder normativo de dicha entidad, sostiene SALA ARQUER, para quien existe aquí y en el CSN desde su reforma en 1999 un segundo modelo –el primero o general sería el de la intermediación reglamentaria- consistente en “*delimitar un ámbito funcional* y atribuir dentro del mismo una potestad normativa no necesitada de habilitaciones previas, [lo que] es sin duda más acorde con el estatuto de autonomía real propio de estos organismos

---

<sup>757</sup> No obstante, en el informe de leyes posteriores que autorizaban de forma directa la potestad normativa de la CNMV, nada se ha dicho sobre el ámbito reglamentario (superior) como necesario para el desenvolvimiento de esta potestad (cf. en general Capítulo IV, apartado III.D).

<sup>758</sup> En el ámbito de la CNE, en cambio, se sostuvo por parte de la doctrina que no existía aquí especialidad alguna respecto del régimen general del artículo 97 CE: “[L]a potestad reglamentaria de la CNE se puede explicar perfectamente “llamando la atención sobre el texto del citado precepto constitucional: el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria «de acuerdo con la Constitución y las leyes». Según esta frase, nada debería impedir que una ley atribuya el ejercicio de la potestad reglamentaria a otro órgano (u organización) que no sea el Consejo de Ministros. Así se ha explicado también, por ejemplo, algo tradicional en nuestro Derecho, como es el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Ministro” (cf. GALLEGO ANABITARTE, A. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>, “La nueva regulación del mercado del gas natural”, *cit.*, p. 59).

reguladores. Y, desde el punto de vista de las relaciones Ley-Reglamento, permite explicar mejor el funcionamiento jurídico de la potestad", ya que "en definitiva lo determinante es la distribución de la potestad reglamentaria operada por la Ley". Todo ello, con la precisión de que la Ley atribuye directamente a la CMT dicha potestad "bien que *circunscrita (...) a una materia* que en definitiva constituye la cifra y resumen de todas sus funciones: salvaguardar la libre competencia en el mercado. Pero ciertamente, dentro de dicho ámbito -y a diferencia de los supuestos antes señalados- la CMT ostenta una potestad reglamentaria atribuida *ex lege*, de tal modo que el resultado de la misma (...) *no se configura como un producto normativo subordinado a otras disposiciones previas*, dictadas por el Gobierno o el Ministerio de Fomento<sup>759</sup>.

Es claro que una postura de este tipo se compagina especialmente bien con la que mantiene GARCÍA ÁLVAREZ. Se ve en estos sistemas -el autor incluye también coherentemente, a estos efectos, las circulares de información de la CNE, en cuanto directamente "enganchadas" a la ley- una excepción en cuanto al modo de inserción de la potestad normativa de las Administraciones independientes en el sistema de fuentes. Frente a la regla general que atribuye aquélla sólo "cuando una norma reglamentaria de rango superior, aprobada mediante Real Decreto u Orden Ministerial les encomiende expresa y específicamente el desarrollo de un aspecto concreto del régimen jurídico del sector cuya supervisión tienen asignada", estas entidades tienen reconocidos sus poderes normativos directamente por la ley, si bien no se extienden a la totalidad de los sectores supervisados, sino sólo en cuanto a los *aspectos objetivos* sobre los que aquélla versa<sup>760</sup> y respecto de *los sujetos*<sup>761</sup> a los que se dirige tal forma de regulación<sup>762</sup>.

---

<sup>759</sup> Cf. SALA ARQUER, J. M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, cit., pp. 72-74 (cursiva nuestra).

<sup>760</sup> La apelación a esta dimensión objetiva de la potestad es frecuente también en el caso del CSN. Todo ello apunta a la cuestión que trataremos después: no se trata propiamente en estos casos de un reparto competencial, sino de que la superioridad de las normas gubernamentales puede afirmarse partiendo de la *función* que compete a estas entidades: allí donde no se trate de su función específica, quedan sujetas como es lógico a las normas reglamentarias generales del Gobierno. Quizá donde más claramente se haya planteado hasta el momento es en el ámbito de la AEPD, justamente porque allí es evidente que la función que le compete sujeta a todos, Administraciones públicas incluidas, en cuanto hace a la seguridad de los ficheros informáticos.

<sup>761</sup> En este punto, GARCÍA ÁLVAREZ llega a plantearse la inconstitucionalidad de la regulación reglamentaria de la CMT, "al no necesitar de habilitación reglamentaria interpuesta", y lo resuelve afirmando que "la constitucionalidad de esta atribución legal se apoyaría en la existencia de una relación

§ Por último, extrapolando de algún modo esta última concepción, diversas sentencias del Tribunal Supremo, relativas tanto a las Circulares de la CMT (SSTS de 20 de diciembre de 2004 y 10 de julio de 2007) como a las Instrucciones dictadas por la AEPD (SSTS de 25 de septiembre de 2006 y 16 de febrero de 2007), han venido a explicar la potestad normativa de las Administraciones independientes como una especie de “categoría intermedia” entre las instrucciones y órdenes de servicio del artículo 21 LRJAP, que se dictarían partiendo de una potestad espontánea o propia de la Administración con los límites impuestos legalmente, y la potestad reglamentaria general del Gobierno ex artículo 97 CE, requerida de habilitación legal pero, por todo lo demás, libre en el amplio campo de actuación que le ofrece la ley.

De este modo, las entidades a que se les reconoce autonomía, tendrían conferida por la ley una potestad normativa, que podrían desempeñar partiendo de la atribución legal, debiendo observar tanto los límites subjetivos –esto es, dirigidas sólo a los integrantes del sector supervisado- como objetivos –marcados por la propia cláusula de autorización- como, en fin, de tipo formal –observancia del procedimiento previsto para su elaboración. Eso explicaría, por último, la estricta sujeción jerárquica de estas normas a las promulgadas por el Gobierno<sup>763</sup>.

La STS de 16 de febrero de 2007 es explícita, en efecto, al afirmar que la LOPD “establece un Ente público para el control de la aplicación de la Ley, que actúa con plena independencia en el ejercicio de sus funciones, a cuyo efecto le atribuye la potestad de

---

de especial sujeción, la que vincula a los operadores de telecomunicaciones con el ente regulador, términos que habrían sido dados por buenos por la Audiencia Nacional en su sentencia de 23 de octubre de 2001”. El peso excesivo de esta dimensión subjetiva es también perceptible en las sentencias que comentamos a continuación en el texto.

<sup>762</sup> Cf. GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, cit., pp. 161 ss.

<sup>763</sup> Por lo general, se afirma la sujeción a los reglamentos generales y al conjunto del ordenamiento jurídico. La segunda de las sentencias citadas (10 de julio de 2007) parece ser consciente de que una construcción de este tipo apunta más bien hacia un principio de competencia o reparto de materias, si bien no llega a afirmarlo claramente: “No cabe desconocer –dice- que el Ministerio de Fomento puede dictar Órdenes relativas a la materia. Si el Ministro ejerce esta competencia es obvio que la “instrucción” de la Comisión queda subordinada a la Orden Ministerial. La materia sobre la que se ejerce la Comisión queda pues compartida y no cabe interpretar según el artículo 18 [del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio], que hemos citado, que la competencia para determinar las zonas geográficas haya quedado reservada al Ministerio de Fomento”.

dictar Instrucciones que, de un lado, va más allá de la genérica potestad "ad intra" reconocida en el art. 21 de la Ley 30/92 a los órganos administrativos para dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente subordinados, en cuanto lo establecido en dichas Instrucciones por la Agencia, como Ente público de control, viene a ordenar la actuación de los operadores en el tratamiento automatizado para su adecuación a los principios establecidos en la Ley, con carácter obligatorio y eficacia "ad extra", sujeto al control de la propia Agencia mediante el ejercicio de la potestad sancionadora, y de otro lado, la potestad atribuida a la Agencia deja a salvo y no alcanza al desarrollo reglamentario de la Ley a través de la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, que corresponde al Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria" (FJ 3º).

Sin embargo, han de mostrarse las reservas frente a este tipo de construcción, pues, como se ha visto repetidamente en este trabajo, los problemas que suscitan los reglamentos de las Administraciones independientes son cercanos a los planteados por la potestad reglamentaria general –bien que la de estas entidades sea de atribución y especializada para el cumplimiento de sus funciones– y en ningún caso parece que pueda decirse que se está aquí ante una especie de *tertium genus* entre aquéllas y las instrucciones y circulares de servicio, que plantean problemas radicalmente diferentes.

§ Frente a los diversos acercamientos en este sentido, creemos necesaria una cierta reconstrucción de las líneas del poder reglamentario que se otorga a estos entes, lo que se hará partiendo del principio de jerarquía concebido como superioridad (por la función, poder-deber, que la ley les encomienda). Paso previo es, por último, reconsiderar brevemente las materias a las que afecta la regulación por estas Administraciones independientes.

## 2. Las materias

§ Esta reconsideración puede y debe hacerse desde una perspectiva ya más integral. Se ha visto en los capítulos precedentes la enorme flexibilidad de contenido que, al amparo de las habilitaciones concedidas *ad casum*, comprenden las regulaciones de las distintas entidades dotadas de autonomía. Que se trate de una u otra materia no es en absoluto indiferente desde el punto de vista de

la construcción de un poder reglamentario especializado, que es el que entendemos que corresponde a estas organizaciones. Por decirlo en los términos de BAÑO LEÓN, existen “criterios positivos que determinan la intensidad de la remisión normativa” y “criterios negativos que determinan ámbitos susceptibles de remisión normativa”<sup>764</sup>.

#### a) Afectación de derechos fundamentales

§ El primer campo a tener en cuenta es, como es claro, el de los derechos fundamentales. A su vez, deben hacerse distinciones según varios criterios.

El primero es que se trate de uno de los clásicos derechos de libertad (asociación, reunión, libertad de elección de profesión u oficio, etc.). Para éstos, “la remisión normativa sólo podría contener regulaciones de mero detalle, procedimental u organizativo”<sup>765</sup>,

---

<sup>764</sup> Cf. BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., Capítulo III (pp. 103 ss.). La excelente aproximación del autor nos servirá de guía, *mutatis mutandis*, para abordar las remisiones normativas a los reglamentos de Administraciones independientes.

El autor señala algunas pautas metodológicas previas, que sirven también para situar la cuestión de la potestad reglamentaria de estas entidades en su justo término. Junto a la consideración de que hay múltiples reservas constitucionales y de que, por ello, es imprescindible atender a las materias concretas y a lo que en ellas ha dicho la tradición jurídica, añade una tercera reflexión: “La fundamentación constitucional de la reserva de ley (...) debe tenerse bien presente cuando la ley defiere la asunción de determinadas regulaciones a ordenanzas o planes en los que puede darse la participación popular y el pluralismo político. Con estas tres pautas metodológicas –añade– es posible (...) encontrar una guía si no segura sí algo fiable de las exigencias de cada una de las reservas de ley y del papel que puede jugar el reglamento. Pero hemos de insistir en que en esta cuestión, que tan directamente toca a la responsabilidad política, la cuestión extrajurídica de la legitimidad tiene siempre una importancia difícilmente mensurable” (p. 104).

La delimitación entre criterios positivos y negativos de remisión no es, por lo demás, apreciable a simple vista. Lo que se quiere decir es que, en presencia de los primeros (vg. derechos fundamentales), se gradúa la intensidad de la remisión normativa, pudiendo llegar a desaparecer. Mientras que con “criterios negativos” no se alude a criterios de exclusión, sino más bien a aquellos que despejan el camino –que “determinan ámbitos susceptibles”, como dice el propio autor– de la remisión normativa; son, por decirlo así, el reverso de la misma moneda. Baño explica esto último diciendo que, allí donde se plantea el problema ley-reglamento, se ha intentado también el camino contrario, es decir éste de la delimitación negativa: “ahí se insertan los nuevos intentos de llegar a delimitar el ámbito material de lo administrativo, de la conceptualización de una reserva de administración”. En la doctrina española cita al respecto a Jiménez Blanco, A., “la función legislativa y la ‘Reserva de Administración’: Notas sobre un nuevo concepto”, en *Las Cortes Generales*, IEF, Madrid, 1986, vol. II, pp. 1445 ss. A nuestros efectos, vamos a prescindir de que la materia en cuestión se considere un parámetro positivo o negativo de delimitación.

<sup>765</sup> *Ibidem*, p. 105. Dos aclaraciones parecen necesarias. Primera, que el exceso puede venir, no ya de la remisión, sino del contenido de la norma remitida que exceda de aquélla (ya se vio el posible ejemplo de la Circular del Banco de España 4/2004 y la libertad negativa de asociación): la contradicción en este caso puede fácilmente apreciarse desde la segunda orilla –la de llegada– y combatirse su ilegalidad en vía contencioso-administrativa. Segunda, que en estos casos se trata de reservas sectoriales u horizontales, como las llama De Otto, de modo que abarcan todo y sólo lo reservado: p. ej. *la libertad de*

teniendo en cuenta que restringir o limitar –aclara el autor- no es lo mismo que ordenar el desarrollo de un derecho. Las posibilidades de remisión al reglamento son mucho mayores cuando se trata, en cambio, de ordenar, restringir o limitar el principio general de libertad (vg. profesiones no tituladas) y no un específico derecho fundamental.

De otra parte, resulta decisivo atender en cada caso el contenido de cada derecho fundamental, pues “a mayor definición constitucional del contenido, menor posibilidad de intervención en la remisión normativa”. Éste es, como no se oculta, el punto clave en materia de regulación económica, que frecuentemente trata sobre cuestiones que afectan a la propiedad privada o a la libertad de empresa, donde “la capacidad del legislador es muy amplia, siempre que justifique la regulación en un fin constitucionalmente lícito y no excluya de hecho o de derecho toda posibilidad efectiva de propiedad en el ámbito de aquella reserva”<sup>766</sup> (*vid.* lo dicho en el Capítulo X sobre la libertad de empresa; y lo que se apunta más abajo sobre las posibilidades de intervención en este ámbito mediante instrumentos específicos –planes- a propósito de la Ley andaluza de Reforma Agraria, pero extrapolable a la “regulación mediante normas”, por decirlo en las palabras de MUÑOZ MACHADO<sup>767</sup>, en que consisten los reglamentos de Administraciones independientes).

Al mismo tiempo, cuando se trata de derechos prestacionales, “la reserva de ley es imprescindible en aquellos derechos prestacionales reconocidos (la educación, por ejemplo) pero la remisión al reglamento de aspectos procedimentales o técnicos está admitida sin problemas cuando se trata de hacer efectivas esas previsiones legales (por ejemplo, en el caso de las subvenciones a entes privados o a los que promuevan la gratuidad en el estudio)”<sup>768</sup>.

Sin apartarnos del hilo conductor de las remisiones que puedan realizarse a Administraciones independientes, huelga decir que las

---

*elección de profesión u oficio, pero no todo el régimen de éstos. Sobre ello se vuelve a continuación en el texto.*

<sup>766</sup> *Ibidem*, pp. 107-108.

<sup>767</sup> Cf. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, vol. II, 2006, pp. 994 ss.

<sup>768</sup> BAÑO LEÓN, J. Mª., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., p. 108; con cita, por lo que se refiere a las subvenciones, del exhaustivo análisis de FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1985, especialmente pp. 585 ss.

consideraciones anteriores son particularmente útiles para el caso de la Agencia Española de Protección de Datos. Baste recordar que una de las instrucciones analizadas (la número 1/2006, de 8 de noviembre, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras) recoge en su preámbulo nada menos que la jurisprudencia del TC sobre el principio de proporcionalidad (STC 207/1996, de 16 de diciembre). Lo que es especialmente revelador, si se tiene en cuenta que la Agencia tiene sentada la doctrina de que, si bien la previsión expresa en una norma con rango de ley de un determinado tratamiento o cesión de datos basta en principio para entenderlos conformes a la Ley Orgánica 15/1999 [artículos 6.1 y 11.2.a) de ésta], dicha previsión debe resultar igualmente respetuosa con los restantes principios contenidos en la citada ley orgánica (artículo 4, entre ellos el de proporcionalidad).

b) La reserva de ley en materia sancionadora y tributaria

§ Un campo que marca especialmente el ámbito en que podrá intervenir los reglamentos, también los emanados de Administraciones independientes, es el de la reserva de ley en materia sancionadora y tributaria.

Por lo que hace a la primera, se ha visto ya y debemos remitir íntegramente a ello, que el Derecho administrativo sancionador, aunque construido sobre la reserva de ley rigurosa del artículo 25 de la Constitución, se nutre en buena parte de la tipificación de infracciones que, en su último escalón, se completa por los reglamentos de entidades dotadas de autonomía (Circulares del Banco de España y de la CNMV; en ocasiones, incluso, normas técnicas de auditoría del ICAC). Con carácter más amplio, se plantean otro tipo de cuestiones como la posibilidad de que los tipos infractores puedan quedar integrados también por remisión a reglas de Derecho de la Unión Europea (así, las previstas en un Reglamento<sup>769</sup>) y aun por reflejo o incorporación, en sentido lato, de

---

<sup>769</sup> El dictamen del Consejo de Estado 1.904/2009, de 19 de noviembre (sobre el Anteproyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo) se refirió a ello en estos términos: "Otro problema se detecta, en esta línea, en el artículo 49.2 en relación con el 50.4, preceptos que tipifican las infracciones muy graves y graves, respectivamente, por remisión a los Reglamentos comunitarios "que establezcan medidas restrictivas específicas de conformidad con los artículos 60, 301 o 308 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea" [paradigmáticamente, dice la memoria, el Reglamento (CE) 2580/2001 del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el



las reglas o criterios empleados por organismos internacionales encargados de fijar estándares en la materia<sup>770</sup>.

§ Respecto al ámbito tributario, se vio también, y cabe reiterarlo ahora, que –de acuerdo con FERREIRO LAPATZA– “el principio de legalidad presenta exigencias mucho más rígidas en el ámbito fiscal que en el ámbito mercantil, por lo que –cuando la base imponible se identifica con el resultado contable– la remisión en bloque no sólo a legislación mercantil, sino también a las normas reglamentarias que la desarrollan determina, de hecho, la deslegalización de las normas que regulan la base en un grado, más que inconveniente, incompatible con la Constitución. Pues el grado de deslegalización se acentúa si tenemos en cuenta las variadas remisiones que leyes y reglamentos estatales hacen a otras fuentes (resoluciones, informes, respuestas a consultas, etc.) situadas en diferentes órganos u organismos o, identificadas, simplemente, con la costumbre (los «usos contables»)”<sup>771</sup>.

c) Inexistencia de singularidades en materia de “relaciones especiales de sujeción”; la potestad de autoorganización

Un tercer campo que podría denominarse clásico, a la hora de dilucidar el papel a jugar por el reglamento, es el integrado a la par por las denominadas relaciones especiales de sujeción y por la potestad organizatoria. Se ha dicho repetidamente que las razones históricas que llevaron a construir en estos ámbitos, en el Derecho alemán, una teoría sobre su normación mediante “reglamentos

---

terrorismo y el Reglamento (CE) 880/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, que modifica el Reglamento (CE) 1334/2000 por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones de productos y tecnología de doble uso]”.

<sup>770</sup> Como ya se vio, M. BAJO FERNÁNDEZ apunta en el Prólogo de la obra *Política criminal y blanqueo de capitales*, cit., una perspectiva muy general de este estado de cosas, que –aun cuando no es el caso por el momento– podría dar lugar a reglamentaciones de los supervisores en la materia.

<sup>771</sup> FERREIRO LAPATZA, “Resultado contable y base imponible. Deslegalización, autodeterminación y delito fiscal”, cit., p. 1.

En otro trabajo llega a afirmar que “[e]l reenvío directo al resultado contable puede suponer –y, desde luego, lo supone en el ejemplo español que ahora estamos siguiendo– la determinación de la base por las normas –muy parcas y generales– contenidas en la legislación mercantil (Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, etc.); y por, y fundamentalmente, las normas reglamentarias (el Plan General de Contabilidad aprobado por Decreto del ejecutivo) e interpretativas emanadas del Ministerio de Hacienda y por las Resoluciones del ICAC. Supone dejar la base imponible en manos del ejecutivo, del Instituto contable y, dentro de la flexibilidad que el propio Plan General de Contabilidad pregona, en manos de los propios contribuyentes o de sus expertos contables” (FERREIRO LAPATZA, “Complicación y simplificación: contabilidad y fiscalidad”, cit., p. 6, cursiva nuestra).

administrativos" no tienen sentido en la actualidad, sino que se ha de atender a lo dispuesto por la Constitución en los diversos casos.

Concretamente, por lo que se refiere a las relaciones especiales de sujeción, es particularmente claro que las más tradicionales (funcionarios públicos, escolares, reclusos penintenciarios) están sujetas a reserva de ley y, desde luego, no cabe la relajación de derechos fundamentales en tales relaciones<sup>772</sup>.

En cuanto a la potestad organizativa, en los límites de lo dispuesto por el artículo 103.2 de la Constitución ("los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley"), existe mayor libertad de configuración toda vez que "de siempre la doctrina ha considerado que la autoorganización es la medida necesaria y mínima de cualquier forma de autonomía"<sup>773</sup>, sobre lo que habrá ocasión de volver más tarde.

d) Remisión a instrumentos normativos dotados de función específica

Como se avanzó, una última línea apta para orientar los límites de la autorización a los reglamentos de las Administraciones independientes es la que deriva de la consideración de las remisiones a instrumentos específicos.

BAÑO LEÓN ha estudiado la cuestión desde la perspectiva de la remisión al plan, de forma que –dice– "la ley sirve al Plan más como norma marco en la que se fijan los límites que éste no puede sobrepasar que como una norma predeterminante de su contenido". Aunque esta decisión del legislador es claramente también de naturaleza política (y, en ese sentido, no neutral, sino que ha de justificar los fines constitucionales que se persiguen: ordenación del territorio y urbanismo, ordenación económica, medio ambiente, etc.),

---

<sup>772</sup> Es constante la jurisprudencia constitucional en este sentido. Parcialmente distinta es la acepción que se usa hoy de "relaciones especiales de sujeción", para referirse a que los destinatarios de una cierta regulación –por antonomasia, de la bancaria– están concretamente determinados y sujetos a un régimen singular. En el Capítulo III se ha aludido a los problemas, de orden muy diferente, que envuelve la afirmación de que existe una relación de especial sujeción en el sector crediticio. Aunque hoy mayoritariamente no se afirma así, lo cierto es que en la práctica los tribunales sigan operando con criterios similares. Así, dice BETANCOR, "para admitir una libre o discrecional configuración por parte del regulador de la libertad [de empresa] de modo que pueda ocupar un lugar subordinado" (cf. *Regulación*, cit., pp. 584 ss.; y lo que se dice *supra*, en el Capítulo X sobre el control judicial de la actividad de los reguladores).

<sup>773</sup> BAÑO LEÓN, J. Mª., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., p. 137, en nota al pie.

lo que debe preguntarse en primer término el intérprete constitucional –en su caso, el legal, si la remisión se lleva a cabo por norma reglamentaria- es hasta dónde queda justificada materialmente la remisión a instrumentos normativos específicos. Se trata, una vez más, de saber “en cada caso si existen o no razones materiales que justifiquen la remisión a la norma administrativa”<sup>774</sup>.

La aplicación que se hace al caso de la Ley andaluza de Reforma Agraria (STC 37/1987, de 26 de marzo) es del siguiente tenor. El único precepto impugnado de aquélla relativo a la reserva de ley, el artículo 2 que establecía una autorización a la Administración para fijar los criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra, fue declarado constitucional y no contrario a la reserva, porque la remisión no era en blanco. Lo inaceptable de esta argumentación, pues sistemáticamente considerada la regla sí daba lugar a una remisión en blanco o al menos altamente discrecional al conectar con otros preceptos que permitían expropiaciones inmediatas por incumplimiento de tales criterios –razona BAÑO-, hubiera sido salvado si el legislador hubiese remitido a la Administración con una fórmula tan genérica como ésa, pero disponiendo “de un instrumento normativo intermedio (...) que no sólo hubiera concretado el deber del propietario, sino que le hubiera dado la imprescindible seguridad jurídica para prever las consecuencias de un eventual incumplimiento (...) [E]sa concreción de los deberes del propietario realizada por la Administración –concluye- sólo está respaldada constitucionalmente si tiene por finalidad servir de pauta de conducta al afectado (...) A partir de la concreción el propietario sabe a qué atenerse, y el incumplimiento de ese deber podrá legítimamente arrastrar la expropiación”<sup>775</sup>.

Que de todo eso se puede hacer una traslación, con matices y para el caso de que la remisión se haga a una norma reglamentaria del último escalón normativo, parece algo claro a la vista de la aseveración que el autor hace poco después: “Otros muchos ejemplos podrían utilizarse en los que es apreciable cómo *el legislador remite a la Administración la concreción de los fines generales impuestos en la ley; potestades normativas que suelen tener un amplio contenido y*

---

<sup>774</sup> Cf. *ibidem*, pp. 138 y 143. La cuestión se encuentra en la línea, profundizada en el Derecho alemán, de si la Administración posee un poder de conformación en los casos de ordenación territorial y urbanística (*ibidem*, p. 139, nota 181). Desde este mismo punto de vista –el de la planificación por la Administración conformadora- se ha estudiado la ponderación por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, cit., pp. 31 ss. y 92 ss.

<sup>775</sup> Cf. BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., p. 145 (cursiva nuestra).

que también se explican por necesidades materiales. Es significativo el caso de la Banca y los Seguros. La atribución al Ministerio de Economía y Hacienda de la competencia para fijar los coeficientes de caja, de inversión o de reserva, se justifica en todos los países por la necesidad de que estas medidas sean rápidamente adoptadas a fin de tener efectividad. La ley también en este supuesto debe limitarse a habilitar a la Administración por razones bien comprensibles”<sup>776</sup>.

## **B. El principio de jerarquía normativa: poderes subordinados y poderes dotados de autonomía**

### *1. Excursus sobre la autonomía político-territorial de los entes locales y la autonomía de tipo funcional: potestades reglamentarias autónomas*

§ Partiendo de una noción de amplia de autonomía como la teorizada por ROMANO<sup>777</sup>, debemos recordar y profundizar ahora en el tipo de independencia que conviene a las entidades objeto de estudio. Conforme a él, se estudiará después la situación en el sistema de fuentes de sus productos normativos<sup>778</sup>.

---

<sup>776</sup> *Ibidem*, p. 146 (cursiva nuestra).

<sup>777</sup> Vid. *supra* Capítulo III, apartado B.3. En una teoría de los ordenamientos, afirma este autor que, “en sustancia, es preciso distinguir diversos tipos de autonomía, cada una de las cuales implica una mayor o menor separación, por así decirlo, del ordenamiento que de ella deriva respecto de aquél que constituye su base (...) Las autonomías públicas más típicas son las de algunos sujetos auxiliares del Estado, esto es, de las personas jurídicas públicas que tienen tal cualidad (...): su autonomía es, por definición, una autonomía funcional, en el sentido de que sirve para la reglamentación de intereses propios, pero también para reglamentación de intereses superiores estrictamente vinculados a los primeros y subordinados a ellos (...) Cuáles sean luego en concreto los actos en los que se manifiesta la autonomía de los sujetos auxiliares del Estado es otro problema. No hay duda de que entre tales actos deben comprenderse sus reglamentos y sus estatutos” (cf. ROMANO, S., Voz “Autonomía” en *Fragments de un Diccionario jurídico*, cit., pp. 47 ss.).

<sup>778</sup> Aunque la clásica explicación de DE CASTRO –fuentes en sentido primario y en sentido secundario– sigue conservando todo su valor, debe decirse también que la distinta situación relativa de las fuentes en la primera acepción –es decir, como poderes sociales creadores de las normas– no se traslada siempre y automáticamente a las fuentes en sentido secundario, es decir a las reglas que tales poderes crean. Más sencillamente, la subordinación de los poderes no significa necesariamente subordinación de las fuentes. A propósito de los reglamentos de los entes autónomos (noción en la que comprendía tanto los municipios como las entidades estatales autónomas de la Ley de 1958), lo explicaba de esta manera VILLAR PALASÍ, valiendo el ejemplo aunque el marco constitucional sea hoy absolutamente otro: “un Ayuntamiento es efectivamente una entidad subordinada a la Administración del Estado [lo que, ciertamente, hoy no puede sostenerse a tenor de la autonomía local], pero si en un supuesto hipotético la Dirección General de Administración Local dictase un reglamento en materia exclusiva del Ayuntamiento, sería el reglamento de esta entidad el que prevaleciese frente al de la Administración central. Quiere esto decir que la subordinación no es del reglamento, sino de la potestad reglamentaria, que es cosa muy diferente” (*Derecho administrativo*, cit., p. 395, cursiva nuestra). Podrá objetarse que actualmente, no sólo la autonomía local, sino toda la distribución territorial (vertical) del poder es enteramente diferente y juega el principio de competencia. Pensamos que vale la pena, sin embargo, no

Haciendo abstracción de la distribución vertical del poder que desemboca en el Estado autonómico (de naturaleza político-legislativa y de corte institucional), que obviamente plantea problemas que no corresponde tratar aquí, también y muy destacadamente en cuanto al engarce de los sistemas de fuentes estatal y autonómico<sup>779</sup>, las explicaciones útiles para captar lo que sucede en el caso de la potestad reglamentaria de las Administraciones independientes han transcurrido siempre por los dos caminos, cercanos aunque bien diferentes en cuanto a su fundamento y operatividad práctica, de la autonomía local y de la autonomía de tipo funcional que puede concederse a otras entidades administrativas.

§ De la primera nos interesan, sobre todo, ahora aquellas aproximaciones de tipo general que se preguntan por el alcance de la potestad reglamentaria local<sup>780</sup>. Parejo Alfonso ha intentado un

---

adelantar tal conclusión echando en el olvido reglas básicas del sistema de fuentes que quizá sea preciso recordar, como se matiza seguidamente en el texto.

<sup>779</sup> No se olvida –simplemente no es del caso– que éste es el problema jurídico-constitucional de primer orden que plantea el sistema normativo en la vigente Constitución. Un mero resumen de las líneas maestras de la jurisprudencia constitucional al respecto nos llevaría por un camino ajeno al objeto de este estudio.

Hay que dar por sentado lo que afirmaba GÓMEZ-FERRER en un estudio sobre sistema de fuentes, que aparece en una época aún temprana de aplicación de la Constitución, al abordar la cuestión de las relaciones entre las diversas leyes del Estado, en sentido global: que la doctrina preconstitucional, y citaba precisamente para ello a Villar Palasí, había resuelto el problema de dichas relaciones “en función, esencialmente, de tres criterios: el criterio jerárquico (...); el criterio temporal (...); y, finalmente, como excepción al criterio temporal, el criterio de la especialidad (...)”. En nota al pie, precisaba que “la necesidad de replantear esta doctrina, como consecuencia de la distribución del poder sobre el territorio operada a partir de la Constitución, ha sido puesta de relieve por el propio Villar Palasí, en su reciente trabajo ‘Potestad normativa de la Comunidad de Madrid’ [1987]” (cf. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional”, *RAP* 113, mayo-agosto 1987, p. 17, cursiva nuestra). El estudio del sistema normativo autonómico, sobre la base principal aunque no única del principio de competencia, ha sido en efecto no sólo replanteado sino analizado hasta el extremo por la doctrina, aplicado e interpretado por el TC y los restantes operadores jurídicos, en un proceso de perfeccionamiento aún abierto (recientemente, a propósito de las reformas de los Estatutos de Autonomía del año 2006). La consolidación de todo este cuerpo de doctrina ha tenido como consecuencia, sin embargo, que explicaciones más simples del funcionamiento del sistema de fuentes –p. ej. las que se refieren al sentido del principio de especialidad– ya no se encuentren con frecuencia en las sentencias de los tribunales ni en los comentarios de la doctrina. La constitucionalización del Derecho ordinario ha tenido así efectos colaterales, como la pérdida de nociones básicas aceptadas por la doctrina administrativa y jurídica en general, que creemos lícito intentar recuperar.

<sup>780</sup> A propósito de otros aspectos, ya se ha citado antes el trabajo de VELASCO CABALLERO, F. sobre “La autonomía municipal”, en *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario, cit.*, p. 2104-2117 (al tratar sobre la garantía institucional de la autonomía local: vid. *supra* nota 561). En una perspectiva diferente, se volverá después sobre la concepción del autor acerca de la situación de las normas municipales en el sistema de fuentes, esbozada primero en “Reglamentos gubernativos y normas municipales”, *RVAP* núm. 81 (2008), pp. 137-165; y ampliamente tratada después en los Capítulos VI y VIII de su *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

tratamiento de ésta, sobre la base de un cierto sistema común a toda "potestad normativa autónoma", del que participarían también los reglamentos de las Administraciones independientes. Es claro, por ello, que resultan del máximo interés los dos trabajos que dedica al particular, cada uno desde la visión predominante de una de estas potestades: primero, el titulado precisamente "La potestad normativa de las Administraciones independientes; apuntes para el estudio de un fenómeno" (1994) y más tarde, el que tiene por objeto "El alcance de la potestad reglamentaria local" (1996)<sup>781</sup>.

Comenzando por este último trabajo, PAREJO traza un panorama general de la que denomina potestad normativa autónoma. Se refiere también a ella con el nombre de "poder normativo infralegal autónomo", que quedaría junto al "poder normativo infralegal ordinario" que sería el poder reglamentario del Gobierno. La primera y capital diferencia es que el poder reglamentario autónomo –del tipo que sea la autonomía que lo hace nacer– no es originario, sino derivado y limitado por la propia Constitución. Hay un ordenamiento, el constitucional, "que le proporciona fundamento y cobertura"<sup>782</sup>.

Ya después hay una serie de diferencias y analogías entre ambos poderes. Responden a principios organizativos básicos

---

<sup>781</sup> Cf. respectivamente PAREJO ALFONSO, L.: "La potestad normativa de las Administraciones independientes; apuntes para el estudio de un fenómeno", en VVAA, *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, p. 635 ss; y "El alcance de la potestad reglamentaria local", en VVAA, *Ponències del Seminari de Dret Local (Curs 94-95)*, Ayuntamiento de Barcelona, 1996, pp. 91 ss.

<sup>782</sup> No se le escapa al autor que la potestad reglamentaria local entronca también en la propia Constitución (arts. 137 y 141). Pero explica sutilmente que ese poder se integra en el ordenamiento general (constitucional-estatal) "siendo doble el fundamento que éste le proporciona cuando aquél es territorial o tiene la suficiente relevancia para el orden general: directamente constitucional, por un lado, y legal ordinario en desarrollo de la Constitución (...), por otro. Por ello puede decirse que es consustancial al poder normativo autónomo la [nota] de ser tal en el marco de la Ley. Tiene una base constitucional, pero su juego efectivo depende (en mayor o menor medida) de la legislación ordinaria" (cf. PAREJO ALFONSO, L., "El alcance de la potestad reglamentaria local", cit., p. 93).

Algo parecido podría decirse, sin embargo, del poder reglamentario gubernamental, que es originario ex artículo 97 CE, pero también –por expresa imposición de éste– se ejerce de acuerdo con las leyes. No obstante, es cierto y hasta evidente que el poder reglamentario del Gobierno se ejerce por uno de los poderes del Estado siendo por ello de cualidad muy distinta (es más, que básicamente el poder normativo se ejerce por el binomio Parlamento-Gobierno). Y también lo es que el entronque con el principio democrático es por ello diferente: para decirlo brevemente, el poder del Estado –en general, el de corte político legislativo– es más fuerte y más extenso, llega potencialmente a todos los ámbitos. Característica propia de esos otros poderes normativos, históricamente del poder municipal, es que queda por principio limitado a ciertas competencias.

diferentes: el poder local a una idea general de descentralización y el reglamentario gubernamental a una de desconcentración funcional, porque el Legislativo no llega a todo<sup>783</sup>. El poder reglamentario *stricto sensu* es un poder dirigido por el Legislativo: la ley es directriz del reglamento gubernamental; mientras que "el poder normativo (infralegal) autónomo [...] expresa una capacidad de configuración u ordenación social propia, no accesoria en el sentido de predeterminada en su contenido positivamente por la Ley"<sup>784</sup>. En fin, a pesar de todo ello, se nutren de una misma raíz: "una habilitación externa, sea constitucional o legal, que determina su campo"<sup>785</sup>.

Lo que más interesa, sin embargo, es la ramificación posterior de los poderes llamados autónomos. De un lado, por razones sobre todo históricas que no cabe resumir aquí, existe un poder local que la Constitución reconoce hoy y al que protege con la garantía institucional de la autonomía "para la gestión de sus respectivos intereses", el cual tiene como rasgos basilares su potestad de autoorganización y su potestad normativa, que hace valer en el campo de sus competencias.

De otro, hay también constitucionalmente reconocidas, junto a la territorial, otras formas de autonomía (arts. 27.10 y 36 CE). En general, el principio de autonomía "hace relación a la distribución del poder público constituido conforme a una precisa, compleja y plural articulación corporativa interna de la comunidad política soberana", que "significa el poder de adoptar decisiones bajo la propia responsabilidad y comprende de suyo, por tanto, aunque en diferente medida y alcance, según los casos, el de dictar normas"<sup>786</sup>.

---

<sup>783</sup> También aquí caería entonces otra de las piezas del sistema, porque el poder autónomo que ahora nos interesa sobre todo (el de Administraciones independientes) es funcional y no territorial. Como es obvio, no se trata de hacer encajar las piezas en un sistema lógico puro, que no existe aquí; pero la idea central queda bien subrayada con la noción de autonomía que se ve después. Autonomía no es soberanía. Al igual que ésta se reparte, territorial o funcionalmente; también lo hace la autonomía, con esas dos mismas posibilidades.

<sup>784</sup> *Ibidem*, p. 95. Vuelve sobre ello al final del trabajo, afirmando que estos poderes reglamentarios se explican, mucho mejor que con la idea de ejecución de la ley, con las nociones de programación legal por parte de ésta –"más intensa cuando versa sobre la ordenación acabada de un sector de la realidad social" que cuando se trata de la potestad normativa local- y de desenvolvimiento de la potestad normativa infralegal debiendo "ser consecuente, primariamente, con el marco y, en su caso, programa definidos por la Ley en cada caso" (pp. 116-117).

<sup>785</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>786</sup> *Ibidem*, pp. 111 y 114.

El autor considera en este trabajo, en fin, que la potestad normativa autónoma “evoca las cuestiones constitucionales que plantea la atribución de potestad reglamentaria a las llamadas Autoridades o Administraciones independientes” y las resume –lo que nos da pie para enlazar con lo que a ellas específicamente se refiere– en éstas: 1º) la determinación actual del significado, contenido y alcance de la reserva de ley, partiendo de una revalorización del principio democrático y de una idea de “gradación de la importancia de las decisiones políticas”; 2º) el riesgo de “indebido vaciamiento o constricción del poder reglamentario que puedan llegar a suponer”, para lo que sugiere una solución al estilo de la aportada por la doctrina francesa –luego se verá– consistente en entender que “la asignación constitucional del poder reglamentario al Gobierno se refiere exclusivamente a la potestad reglamentaria general, lo que libera la posibilidad de potestades reglamentarias especializadas y una distinta atribución de las mismas”; y 3º) la cuestión clave de “la compatibilidad entre los diferentes poderes reglamentarios, en el sentido de sus relaciones recíprocas”, lo que resuelve afirmando la “imposibilidad” de estos poderes autónomos “de vincular, afectar o condicionar el poder reglamentario” del Gobierno ni de los gobiernos autonómicos, ya que el hecho de que aquéllos deban ejercerse en el marco de la ley significa en el marco del bloque Ley-Reglamento, y además porque “ambos tipos de normas operan en ámbitos distintos, acotados en virtud del principio de competencia” de modo que no puede existir concurrencia entre ambos<sup>787</sup>.

§ En el trabajo sobre “La potestad normativa de las Administraciones independientes; apuntes para el estudio de un fenómeno”, la cuestión se planteaba por el autor con una reflexión más general sobre la naturaleza de estas entidades y las distorsiones y dificultades que suponían en un orden constitucional montado sobre conceptos de poder decisorio de corte clásico: principio de legalidad, ejecución de la ley, que estas entidades venían de algún modo a cuestionar.

Se apuntaban en él breve pero incisivamente las cuestiones constitucionales que ya han sido mencionadas, a propósito de los debates en el Derecho francés: la atribución de potestad normativa como desapoderamiento del poder legislativo (artículo 34 de la

---

<sup>787</sup> Cf. ampliamente *ibidem*, pp. 109-115.



Constitución de 1958) o como supuesto "indebido vaciamiento del poder reglamentario del Gobierno" (artículo 21, sobre la potestad reglamentaria del Gobierno).

A este último respecto, se acogían –haciéndolas propias con importantes matices- las posturas de los dos autores que habían dado una respuesta a este problema, en una línea compatible con la sentada después por el Consejo Constitucional (Decisión de 18 de septiembre de 1986, nº 86-217 DC, respecto a la *Commission nationale de la communication et des libertés* [CNCL]: cf. en general lo que se dice en el apartado VII del Capítulo I). De una parte, para Chapus<sup>788</sup>, el artículo 21 de la Constitución "no constituye obstáculo al fenómeno que nos ocupa, en tanto que no contempla más que el titular del poder reglamentario general, quedando fuera de su campo de visión los eventuales titulares de poderes reglamentarios especializados (categoría esta última, en la que entrarían, desde luego, las Administraciones independientes)"<sup>789</sup>. Mientras que Auby considera que existe en dicho precepto constitucional un "poder reglamentario de estricta ejecución de las Leyes, no afectando, por tanto, al poder reglamentario en virtud de las Leyes, que se diferencia justamente en estar dotado de un cierto margen de iniciativa, es decir, de capacidad reguladora independiente o autónoma"<sup>790</sup>.

Pues bien, PAREJO apuntaba ya aquí a la delimitación de los espacios propios de esos poderes reglamentarios, como antes se ha visto, diciendo que descansaba en los dos elementos básicos siguientes:

"a) La fijación de las condiciones que deben cumplirse para la validez de la atribución del poder normativo (reglamentario) a entes, autoridades u organizaciones distintos del Gobierno; condiciones que derivan de la afirmación del carácter limitado de aquel poder (...), a saber:

---

<sup>788</sup> Parejo lo cita por su *Droit Administratif général*, 1987; cf. en la ed. de 1991-1992, vol. 1º 6ª ed., las pp. 480-481 (§ 696)

<sup>789</sup> PAREJO ALFONSO, L.: "La potestad normativa de las Administraciones independientes; apuntes para el estudio de un fenómeno", cit., p. 643.

<sup>790</sup> Cf. J. M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, p. 468 ss, citado *apud* Parejo, cit., p. 643.

- la potestad normativa conferida ha de tener un ámbito específico, de suerte que se la pueda calificar de *poder reglamentario especializado*;

- el ejercicio de la potestad normativa sólo ha de ser posible a *invitación de y en el marco* definido por el bloque de la legalidad (Ley + Reglamento, éste del Gobierno), de modo que quede claro que aquélla no supone la *maitrise*, el señorío y disposición últimos sobre la regulación.

b) La afirmación de la regla de la interdicción al poder normativo especializado de vincular, afectar o condicionar el poder reglamentario del Gobierno. Quiere decirse que, en nuestro caso, las Administraciones independientes no pueden dictar normas que obliguen a su cumplimiento por parte de las normas emanadas del Gobierno<sup>791</sup>.

§ Debe decirse una palabra sobre otras aportaciones provenientes de la estructura normativa del sistema local.

VELASCO CABALLERO ha resumido la "tipología de criterios nomodinámicos" en este ámbito en: la articulación jerárquica de normas, la competencia como criterio de ordenación normativa y la primacía aplicativa<sup>792</sup>. Los tres, explica, pueden jugar y juegan de hecho en este sistema normativo. La jerarquía, que como justamente recuerda "determina que la norma superior (...) condiciona la validez de la norma local posterior" opera, cuando la ley sitúa al reglamento gubernativo como parámetro de validez de la norma municipal. Lo que ocurre en estos casos es que "[n]o hay aquí (...) un ámbito material específico vedado a la norma local. Hay, más bien, una prohibición de contradecir lo regulado por el reglamento gubernativo". En cuanto a la competencia, cabe un reparto por ámbitos materiales netos y completos, o bien una distribución de aspectos o ámbitos concretos de regulación dentro de una misma

---

<sup>791</sup> PAREJO ALFONSO, L.: "La potestad normativa de las Administraciones independientes; apuntes para el estudio de un fenómeno", cit., p. 644 (cursivas en el original). La acabada construcción del autor comenzaba con una simple pero trascendental aclaración: que el juego de estos elementos, aquí como en el Derecho francés, "cohonesta satisfactoriamente tanto las exigencias del *sistema constitucionalizado* (las reglas constitucionales relativas a la potestad reglamentaria) como del *sistema infraconstitucional*", esto es -añadimos- del reparto por ley del poder normativo que cae bajo su amparo (*ibidem*, cursiva en el original).

<sup>792</sup> Cf. VELASCO CABALLERO, F., "Reglamentos gubernativos y normas municipales", cit., pp. 148 ss.

materia, en ambos casos con la consecuencia de la nulidad de la norma dictada fuera de la propia competencia. Por último, hay también ejemplos de empleo de criterios de pura primacía aplicativa, de forma que en estos últimos casos hay normas resultantes de competencias concurrentes y en ellos *"la ley tanto puede disponer la primacía aplicativa del reglamento gubernativo como de la norma local"*<sup>793</sup>.

§ En fin, otra acabada explicación del fenómeno de la potestad normativa de las Administraciones independientes es la que ha ofrecido MUÑOZ MACHADO en una perspectiva todavía más general<sup>794</sup>. Tanto, que puede decirse que reconecta de alguna forma con las

---

<sup>793</sup> Cf. *ibidem*, las citas literales en pp. 151 y 157, con énfasis en el original.. El autor lo desarrolla mucho más detenidamente, como se dijo, en su *Derecho local. Sistema de fuentes*, y en ambos trabajos sostiene que el margen de opción legal entre estos tres criterios debe decantarse por el último: mejor, con sus propias palabras, que "no es incondicionado sino que está dirigido por el principio de autonomía local (arts. 137 CE, 3 CEAL y Estatutos de Autonomía). Este principio de autonomía local dirige la distribución, por la ley, de los ámbitos de regulación propios o preferentes del reglamento gubernativo y de las normas locales" (*ibidem*, p. 158, cursiva nuestra).

La inseguridad que podría derivar de la elección preferente de un criterio de mera aplicabilidad ha sido puesta de relieve por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO en el Prólogo a la última obra citada (pp. 14-15; al decir que, por lo que hace a la pregunta "qué consecuencia jurídica prevé el ordenamiento para los supuestos de contradicción entre normas", y cuando se está ante supuestos de contradicción sobrevenida, discrepa de la consecuencia que supondría la inaplicación –el desplazamiento por inaplicable– de la LBRL por el estándar más alto de autonomía local previsto en los Estatutos de Autonomía).

Ciñéndose al poder de ordenanza, ORTEGA BERNARDO ha señalado también que, a su juicio, "sí existe un criterio jurídico-positivo general que rige la relación entre normas estatales y autonómicas, por un lado, y normas locales, de otro. Es el principio de competencia, que se extrae indirectamente de la Constitución, el que articula estas relaciones (leyes y Ordenanzas locales, reglamentos gubernativos y Ordenanzas), si se toma en consideración que mientras el Estado y las Comunidades Autónomas adoptan su legislación en virtud de lo que dispone expresamente la Constitución -listado de competencias y reservas de ley- y los Estatutos de Autonomía, el ámbito y alcance de las normas locales viene determinado por la autonomía constitucionalmente garantizada (art. 137 CE)". Sobre esta base, considera que "tampoco puede hablarse de una primacía aplicativa del derecho local aisladamente o para determinados casos sin tener en cuenta y sin basarse en el principio de competencia. Lo que, a mi juicio, hace prevalecer la aplicación de la norma local es que el Ayuntamiento resulte, en última instancia, competente para aprobar una regulación en ese ámbito, debido a la mayor relevancia local de la materia, lo que permite desplazar al reglamento gubernativo, que rige en este caso como legislación supletoria (...). A la inversa, al dato de que en esa materia la prevalencia lo sea de intereses supralocales, se sigue que la regulación del Ayuntamiento no pueda ser aplicada, que ese ámbito corresponda en todo caso al reglamento gubernativo o a la ley; los cuales, desde esta perspectiva del poder local, deberían ser en todo caso respetados por el municipio, porque se aprueban en el ámbito y con la densidad que les corresponde conforme al principio de competencia" (cf. ORTEGA BERNARDO, J., "Iniciativa y responsabilidad de las Entidades locales en la lucha contra la contaminación: el fundamento originario de la potestad reglamentaria local y el alcance de la obligación de adaptarse y ejecutar con eficacia la legislación ambiental en los casos de contaminación lumínica y acústica", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 17, 2010, pp. 61 ss; las citas en p. 70).

<sup>794</sup> Cf. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, vol. I, 2006, pp. 1224 ss. y vol. II, 2006, pp. 994 ss.; e igualmente el estudio de la potestad reglamentaria de la Administración en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, tomo I (*Derecho administrativo y sistema de fuentes*), Iustel, Madrid, 2009, pp. 276 ss.

nociones sobre construcción de toda potestad reglamentaria, y su relación la ley, que se trataron en el Capítulo preliminar.

Ante todo, parte este autor de que la potestad reglamentaria de estas entidades "[e]n cierta medida (...) se sitúa en el lugar que la Constitución prevé para los reglamentos de la Administración del Estado"<sup>795</sup>, algo que a estas alturas nos consta claramente, en el sentido de que plantea problemas cercanos en general a los que supone la construcción de tal poder siempre en su ubicación respectiva con la ley. Con todo, para comprender después dónde se encuentra el punto de singularidad en que consiste el poder normativo de las entidades dotadas de autonomía, hay que hacer una somera descripción de las relaciones Ley-reglamento general del Gobierno. Se trata sobre todo de una relación por así decir de totalidad, de manera que "la ley ocupa una franja horizontal y continua que abarca la totalidad del ordenamiento. Pero en esa franja del dominio legal se incluyen sólo las regulaciones básicas o de principio (...). Debajo del espacio ocupado por la ley, y también extendiéndose horizontalmente por todo el ordenamiento, están los reglamentos (...)"<sup>796</sup>.

Quiere ello decir, de forma inmediata, que se impone una vez más otra aclaración relativa a la posición de la ley: ésta deberá respetar las reservas impuestas constitucionalmente y no podrá hacer delegaciones en blanco a los reglamentos de las Administraciones independientes, siendo así que el ejercicio de la habilitación por parte

---

<sup>795</sup> Cf. *idem*, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., vol. II, p. 998.

<sup>796</sup> Cf. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, cit., t. I, p. 277. En esa breve descripción se encuentra una de las claves para valorar "la cuestión importante que actualmente plantea la identificación del reglamento independiente", dice el autor, que no es ya –como antes se aclaró– la actuación en un (difícilmente localizable) ámbito exento de la legalidad, sino la que se puede producir sin habilitación legal expresa mediando una justificación constitucional. En términos generales, sin referencia pues a Administraciones independientes, dicha justificación cabe encontrarla en las prescripciones constitucionales que permiten atribuir un poder normativo a las Administraciones públicas "especializado por la materia a que se refiere o por el territorio en que tendrán eficacia las normas" (*ibidem*, pp. 277-278).

Esta concepción realista cabe encontrarla también por ejemplo en la descripción que se hace de los llamados reglamentos independientes o paralegales por alguna doctrina constitucional: "Estos reglamentos son normas también vinculadas a la ley (al bloque de legalidad) y no pueden ser definidos realmente como reglamentos independientes de la ley. Son, en definitiva, normas paralegales, que intervienen fuera del ámbito material reservado a la ley, integrando los vacíos normativos que (...) son susceptibles de una regulación que no contradice la voluntad [habilitación] expresa o implícita del bloque de legalidad. Esta intervención de carácter residual (R. Gómez-Ferrer), incluso políticamente provisional frente a la estabilidad y permanencia de la ley (Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach), debe estar sometida, necesariamente, al marco legal" (cf. BALAGUER CALLEJÓN, F., en VVAA [coord. por él mismo], *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2ª ed. 2007, vol. I, pp. 185-186).

de éstas será normalmente, no de desarrollo o ejecución de la ley, sino de actuación en el marco de la programación legal de aquélla. A la ley corresponde, en definitiva reordenar o redistribuir el espacio normativo por debajo de ella.

En cuanto a los reglamentos generales del Gobierno, pueden éstos –como se ha dicho–, en los casos en que la ley así lo determine, “completar la definición del dominio habilitado para aquellos reglamentos [de las Administraciones] independientes”<sup>797</sup>. Es posible, en tal sentido, que contribuyan a perfilar en qué deberá consistir el ejercicio por estas últimas de su potestad especializada.

Por último, indagando en el carácter de esta “especialización” final de la potestad reglamentaria, se plantean otros problemas. En primer plano, el ya abordado extensamente de su legitimación constitucional, la cual no es territorial ni directa (en el sentido de consagrada expresamente en la Constitución, a diferencia de la autonomía local, universitaria y de la autoorganización de los intereses profesionales en forma corporativa: artículos 137 y 140, 27.10 y 36 de aquélla). La justificación se basa así en el principio democrático, manifestado en la extracción de sus miembros –en la medida en que sus nombramientos derivan del Gobierno–, en el procedimiento y en la independencia que se les concede en cuanto reguladores. En este último paso, la ponderación relevante es otra, la que expresa que: a mayor decisión o peso de la vía normativa superior (es decir, general de la ley y el reglamento del Gobierno), menor ámbito de independencia en la actividad normativa de estas entidades<sup>798</sup>.

§ El segundo haz de problemas es el que se refiere extensamente a la relación normativa entre una y otra categoría de reglamentos, generales y especializados. Sentado que estos últimos nacen de una potestad de atribución (y no originaria) y que han de atender, como también aquéllos, a la ordenación o distribución realizada por la ley (la cual, como se ha visto con detalle a lo largo de este trabajo, no encuentra una disciplina general), la cuestión es *cómo deben atender a lo dispuesto por los reglamentos generales*.

---

<sup>797</sup> Cf. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., vol. II, p. 998.

<sup>798</sup> Cf. ya en este sentido el *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* del mismo autor, vol. I, cuando aborda la cuestión al hilo de la regulación mediante normas (pp. 1225 ss.).

Una primera fase de respuesta es que no quedan condicionados en términos de validez jerárquica, pues no nacen propiamente de la eventual autorización reglamentaria intermedia, sino que dependen para su existencia de la habilitación legal y de sus términos. Más delicada es la solución por lo que se refiere al ajuste a dichos reglamentos y a su eventual derogación por ellos.

En este punto, debe adelantarse que no quedan sometidos por sí al bloque de legalidad (no hay superioridad entre tipos de normas en abstracto, como sucede entre ley y reglamento). Tampoco existe competencia en el sentido puro de total reparto de materias (puede ocurrir, por ello, que exista entre estas normas una colisión opositiva: no es impensable, como estima PAREJO, ni se resolvería por mero desplazamiento de la norma invasora). Lo que sucede puede expresarse diciendo que existe superioridad no jerárquica o bien que existe una relación de competencia, si se entiende que este criterio designa toda aquella forma de relación normativa distinta de la meramente jerárquica.

Aun cuando en el siguiente apartado se expresa de la primera de las formas apuntadas (superioridad no jerárquica por la función de estas entidades), puede apurarse ahora la otra explicación. Si la jerarquía expresa un poder imponerse la norma superior porque existe entre las normas en conflicto una *concurrency potencialmente ilimitada* (ambas pueden llegar a todo y por eso se impone la de mayor rango: dos franjas horizontales a lo largo de todo el ordenamiento), esto no es lo que sucede entre reglamentos del Gobierno y los emanados de Administraciones independientes. Los primeros, sí, tienen ámbito potencialmente ilimitado, pero no los segundos (tienen el que les haya concedido la ley en su campo especializado). Esta circunstancia es la que explica cabalmente que, cuando existan reglamentos generales del Gobierno en la materia de que se trate, los de las Administraciones independientes deban ajustarse a aquéllos "puesto que son generales" y dado que estas entidades "no tienen competencias generales para interferirse en las regulaciones reglamentarias del Gobierno"<sup>799</sup>.

Con todo, sin que exista jerarquía "genética" o de validez, este principio de superioridad –o de distribución legal del campo normativo según funciones "generales" y "especializadas"– entre los reglamentos

---

<sup>799</sup> Cf. *ibidem*, p. 1228.

del Gobierno y los reglamentos de las Administraciones independientes es más sencillo de percibir a la vista de las concretas competencias (materias, funciones) encomendadas a estas entidades. Como se verá, los criterios de *ajuste y derogación* son más bien de un tipo diferente al que acostumbra a existir entre ley y reglamento de forma ordinaria: el Gobierno no pide que se acomoden las normas de Administraciones independientes a sus regulaciones generales en el sentido de un desarrollo normativo (puede imponer, sin embargo, que su contenido adopte todo un sentido determinado de regulación: que dejen de autorizar tales prácticas o que comiencen a hacerlo, etc.). Tampoco, por así decir, deroga o abroga frontalmente las normas de estas entidades independientes (salvo error u omisión, las derogaciones que de ellas se han producido han sido siempre tácitas o mediante cláusulas generales), pero puede en cambio proceder, mediante la simple vía de variar las formas generales de la regulación –siempre y cuando le habilite la ley para ello-, a “desenganchar” todas las circulares o normas dictadas por una Administración independiente que hubiesen sido aprobadas dentro de ese sentido de la normación legal.

*2. Superioridad no jerárquica y ordenación por la ley del sector normativo: reglamentos inordinados en el bloque de la legalidad*

§ Con este bagaje, debe afrontarse la situación en el sistema normativo de los reglamentos de las Administraciones independientes. Es necesario como último paso previo recordar todavía dos nociones más sobre el sistema de fuentes.

La primera es que, tras la Constitución, además de haberse dejado en un segundo plano la distribución de las fuentes que también corresponde a la ley –obviamente, de las de rango inferior-, el juego de los criterios nomodinámicos aplicables ha solido reducirse a jerarquía y competencia. Con preterición, sobre todo por efecto de esta última, de otros parámetros a tener en cuenta, como los propios de la especialidad, el procedimiento-función y en algunos casos hasta la propia dimensión temporal.

§ Recuérdesse ante todo, como lo hizo de forma brillante GÓMEZ-FERRER, que la regla de distribución competencial o reparto de materias tiene un sentido muy determinado: el principio de competencia “parte –en relación con las leyes del Estado, que proceden del mismo órgano legislativo [se refería, como es claro, a

leyes concurriendo una distinción de actos de aprobación: sujetos, órganos, procedimientos, formas]- de que cada tipo de Ley tiene reservado un ámbito material determinado, de modo que en este ámbito una fuente excluye a la otra; de acuerdo con este criterio, cada tipo de Ley trataría de maneras distintas, y las leyes correspondientes se encontrarían en una posición de lateralidad; si una invade el contenido reservado a la otra sería inconstitucional”<sup>800</sup>.

Un efecto de este tipo se da con carácter general muy limitadamente en el caso de las Administraciones independientes. Como tal criterio normativo, con seguridad sólo sería posible aplicarlo allí donde existe un reparto de materias neto y completo, como dice Velasco. Es decir, únicamente en el caso de las circulares monetarias del Banco de España, donde la lateralidad es absoluta por imposición de rango constitucional (Tratados constitutivos de la UE) y donde, por tanto, se consigue un efecto en todo similar a la reserva reglamentaria<sup>801</sup>, en virtud de las razones también constitucionales de otorgamiento de una política soberana, quizá la más tradicional de ellas, a un órgano extraestatal.

§ Por lo que se refiere a la aplicación conjunta e integral de los criterios estructurales del sistema normativo, se ha echado también frecuentemente en el olvido cómo juega la aplicación dinámica de dichos principios estructurales. SANTAMARÍA PASTOR, que los divide con claridad y por este orden en jerarquía, competencia, procedimiento – la dimensión de profundidad- y tiempo, finaliza recordando justamente que la eficacia de este último criterio se somete a la observancia de los tres principios anteriores: “la ley posterior (...) no surte efectos modificativos o derogatorios sino respecto de las normas iguales o inferiores en rango jerárquico; opera sólo dentro de cada subsistema, pero no entre normas pertenecientes a subsistemas diversos; y sólo actúa, dentro de un mismo nivel jerárquico, entre normas procedimentalmente homogéneas o equiparables, no entre las diversificadas en base a este dato”<sup>802</sup>.

---

<sup>800</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional”, cit., p. 19.

<sup>801</sup> Como se vio en el Capítulo IV siguiendo a GARCÍA-ANDRADE.

<sup>802</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2004, p. 182.



En la misma línea, la aplicación de un principio de especialidad, en la terminología tradicional, no hace más que reparar en la aplicación de las reglas elementales mencionadas, con toda la complejidad que puede suponer en el supuesto concreto. Dejando aparte el criterio de competencia-lateralidad (planos diferentes que no se tocan), pensemos de nuevo en la construcción del principio de jerarquía según su sentido originario. Significa, por así decir, superioridad genética o de validez (de puro órgano o rango): de creación de la norma inferior por la del plano superior. Y puede significar también, en segundo lugar, superioridad (de fuerza): en el mismo plano, o en alguno de los inferiores, una norma innova lo dicho por otra anterior –la “deroga”– o resiste su innovación por las posteriores. Cabe también pensar, por último, en una superioridad “de función” (procedimiento o competencia): una norma ve fijada su posición relativa, por otra de rango superior, *de acuerdo con la función que aquélla le hace cumplir*. Aunque en todos estos casos se hable sin más de “jerarquía”, es claro que en rigor no lo hay más que en el primero, mientras que en los restantes están entrando en juego criterios de aplicación dentro del bloque normativo<sup>803</sup>.

§ Consideremos, por último, lo que sucede en la mayor parte de los casos en la aplicación de los reglamentos de las Administraciones independientes.

En los supuestos que frecuentemente se han planteado, o en otros que cabría pensar, la jurisprudencia –y también frecuentemente la doctrina– se ha esforzado por respaldar en primer término la independencia de la entidad administrativa que ha aprobado la correspondiente circular o instrucción. Como un razonamiento de este

---

<sup>803</sup> La explicación anterior está inspirada, y algo más, en la construcción que hace GÓMEZ-FERRER cuando explica en qué consiste el principio de “función”, que él aplica preferentemente en el plano constitucional (para explicar la posición de superioridad relativa, aunque no jerárquica tampoco de competencia, de algunas leyes con función constitucional, como la LOFCA o las leyes básicas, a las que corresponde la misión de abrir o comenzar a definir el subsistema normativo autonómico, en los casos en que la Constitución considera oportuno tal reparto).

En efecto, no sólo dice que “[e]n estos casos, a mi juicio, el problema debe resolverse en el sentido de afirmar la superioridad de la Ley orgánica sobre la ordinaria [algunos casos de reparto entre leyes aprobadas de esa manera, que entendía que no respondían al principio de competencia]”, sino que con carácter más general fundaba la superioridad de las leyes orgánicas sobre su función (lo que hoy es de menor interés, porque en este campo se ha afirmado hoy claramente por el TC la relación de competencia) y, lo que se debe retener, “es preciso complementarlos [los principios de jerarquía y competencia] con la idea de la función que cumple cada Ley en el sistema jurídico, de acuerdo con la Constitución” (GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional”, cit., pp. 21 y 23, énfasis nuestro).

tipo parece conducir de forma natural a la elección de un criterio de competencia (se es independiente para regular *una materia*), con toda frecuencia se defiende que existían razones para aprobar una regulación de este tipo.

Cuando no existe en el caso conflicto entre esta norma y las gubernamentales –colisiones concurrentes o no opositivas, como las llama Villar Palasí-, se opta por la aplicación del reglamento de la Administración independiente, aunque no sin complejos razonamientos para justificar que, no obstante ello y con carácter general, son jerárquicamente superiores los reglamentos del Gobierno (veáse *supra* Capítulo VIII, apartado 5, sobre las Instrucciones del CSN). En nuestra opinión, allí donde se trate de normas de carácter especial que la ley haya autorizado para establecer a estos organismos –vg. en cuanto a los requisitos del sistema de gestión de las instalaciones nucleares- sus normas desplazan lo previsto eventualmente por aquél en la materia, por el juego del principio *lex specialis derogat generalis*). “En cuanto a su contenido, decía Villar Palasí sobre la que llamaba potestad reglamentaria de los entes autónomos, *éste está inordinado en las normas estatales, no subordinado como la creación de la potestad reglamentaria: prevalece en su ámbito propio como lex specialis*”<sup>804</sup>.

Otro supuesto en el que se ve claro, a nuestro entender, que no es preciso acudir a criterios de reparto de competencias, sencillamente porque no los hay en ese sentido o por bloques completos sino en atención a las funciones, es el resuelto por la STS de 10 de julio de 2007, sobre las circulares de la CMT relativas a los sistemas de numeración telefónica. Tampoco en el caso había conflicto, pues no había el Ministerio de Fomento regulado sobre el particular. Dice la sentencia que “no cabe desconocer que el Ministerio de Fomento *puede dictar Órdenes* relativas a la materia. *Si el Ministro ejerce esta competencia es obvio que la ‘instrucción’ de la Comisión queda subordinada a la Orden Ministerial*. La materia sobre la que se ejerce la Comisión queda pues compartida y *no cabe interpretar* según el artículo 18 [del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio], que hemos

---

<sup>804</sup> Cf. VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo*, cit., p. 395 (cursiva nuestra).

*citado, que la competencia para determinar las zonas geográficas haya quedado reservada al Ministerio de Fomento”.*

Hay aquí una mezcla de principios del sistema de fuentes. Porque, efectivamente puede el Ministro y más el Gobierno, autorizados ambos por la ley, dictar normas sobre la materia. Pero esas normas serán de otro tenor, incluso absolutamente “superiores”, por decirlo así: p. ej. disponiendo que se suprime en adelante el sistema de delimitación de zonas geográficas de numeración telefónica (en función o con sentido, principalmente, de programación de la materia), y no tendría el supervisor más remedio que acatarlas. Sin embargo, vigente el sistema legal y reglamentario que determina una cierta programación, el detalle último sobre zonas o sobre los extremos que en definitiva la ley le encomiende le correspondería definirlo en este caso a la CMT. En estos casos, no hay un “reparto de materias” (aquella para el Gobierno, ésta para el Ministro y una última para el supervisor), sino una distinción de funciones sobre una misma materia. De ahí que el supervisor correspondiente deba, desde luego, no sólo respetar el bloque de legalidad, sino tenerlo a la vista para saber cuál es la misión que le corresponde.

Un último ejemplo puede ser especialmente ilustrativo, porque en él la materia es tan delicada –objeto de un derecho fundamental–, que claramente se plantea cuál es el papel en la misma del supervisor. En el caso de la AEPD, podría también el Gobierno con respaldo en la ley suprimir por entero el sistema de ficheros públicos y privados de protección de datos, previendo que en adelante sólo existirán los del segundo tipo bajo directa supervisión de la autoridad gubernamental (el ejemplo lo han hecho hoy imposible las exigencias de la UE, pues no se verían cumplidas aquí, según se vio, las notas de independencia en la regulación... desde el momento en que existen ficheros de titularidad pública). En cualquier caso, problemas de legitimidad aparte, tendría lugar aquí una derogación del papel y de las normas del supervisor nacional en este campo. Manteniéndose sin embargo el sistema actual, parece claro que las normas reglamentarias superiores nada pueden hacer por variar la función de protección que la ley específicamente encomienda a la Agencia Española de Protección de Datos<sup>805</sup>.

---

<sup>805</sup> Precisamente por lo extremo de este campo, suele verse con mayor claridad que el juego de las normas obedece a la distinta función que deben cumplir la ley y la potestad reglamentaria

§ En fin, debe reflexionarse sobre la última nota que caracteriza la situación de una norma en el sistema de fuentes, su específico sistema de control jurisdiccional<sup>806</sup>, tomando ocasión justamente de la sentencia del TJCE de 9 de marzo de 2010, que consideró que la forma de estructuración del supervisor alemán de protección de datos –sujeto a controles de legalidad administrativos- era contraria a la independencia exigida por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, pues “el hecho de conceder a las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el sector no público un *estatuto independiente de la Administración general* no priva, por sí mismo, a dichas autoridades de su legitimidad democrática”.

Sin embargo, aun siendo una relajación del principio de la legitimidad democrática directa o precisamente por ello, debería intensificarse en estos casos el control jurisdiccional. Como dice SALVADOR MARTÍNEZ citando a la doctrina alemana sobre el particular, para que la legitimación sustantiva o material –dirigida a que el ejercicio del poder, en su contenido, pueda imputarse a la voluntad del pueblo- “se establece, por un lado, el principio de legalidad y la vinculación a la ley, y, por otro, un sistema de instrucciones u órdenes y de exigencia de responsabilidad política en la cadena de nombramientos, la cadena de legitimidad. *Entre estos dos [últimos] mecanismos puede producirse una compensación, es decir, si falta responsabilidad política y dependencia de órdenes debe fortalecerse la vinculación a la ley, y viceversa*”<sup>807</sup>.

---

especializada. Así se apunta en la doctrina que “las mismas razones que justificarían la necesidad de configurar un ente independiente del Gobierno como autoridad de control en este campo justificarían que el mismo fuera el encargado de desarrollar la LORTAD en sus aspectos más significativos (...). Es decir, ya que *la finalidad de la ley es concretar, y así reforzar, las garantías de protección de un derecho fundamental* (en opinión de la mayoría de la doctrina), y que además la posible actuación lesiva puede provenir de la misma Administración, se aumentan las garantías si el desarrollo normativo se atribuye al ente de control «independiente» del Gobierno” (cf. MURO I BAS, X., “La Agencia de Protección de Datos”, *cit.*, pp. 387-388, si bien el autor se refería a este criterio como uno “de competencia”).

<sup>806</sup> Dice DE OTTO que “cuando describimos qué es una ley estamos definiendo un acto normativo al que el ordenamiento jurídico confiere unos específicos efectos –la fuerza de ley, una posición jerárquica, un sistema específico de control jurisdiccional- que no concurren en otros actos normativos que no entran en la categoría de la ley” (*Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, *cit.*, p. 74).

<sup>807</sup> Cf. *supra* Capítulo IX, apartado D.3, y la frase de SALVADOR MARTÍNEZ, *cit.*, p. 183, citando a su vez a E. W. BÖCKENFORDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, en Isensee/Kirchhof: *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, vol. I (2ª ed.), pp. 887 ss.

## **CONCLUSIONES**

**1.** Los reglamentos de las Administraciones independientes son una realidad, un paso más en la definición de las fuentes inferiores a la ley conectadas siempre a la Constitución, cuya situación en el sistema de fuentes y forma de control hay que tratar de definir.

**2.** La experiencia del sistema europeo de producción reglamentaria (de influencia francesa, con los añadidos de la reserva de ley que hay que conservar en cuanto tienen de general) pone de relieve que las modernas Constituciones dan cabida a un poder normativo de este tipo. Allí donde la potestad reglamentaria se confía de modo expreso a los miembros del Ejecutivo (artículo 21 de la Constitución francesa), se ha construido como potestad reglamentaria especializada. Menor interés tiene a estos efectos el sistema alemán, si bien el artículo 80 de la Ley Fundamental de Bonn apunta en otra importante dirección, la del esfuerzo por delimitar las habilitaciones legales de los reglamentos necesitados de ella. Por su parte, la lección que puede obtenerse del sistema norteamericano se refiere más bien al sentido de la aparición de entidades dotadas de autonomía (allí, comisiones reguladoras independientes) y al hecho de que la delegación en éstas por el Legislativo debe hacerse en términos precisos que reduzcan la discrecionalidad de su actuación.

**3.** En nuestro Derecho, la construcción de la atribución de potestad normativa a entidades dotadas de autonomía se ha hecho a impulsos de la producción legislativa. Sólo últimamente se ha planteado con cierta visión general, si bien desde una perspectiva limitada y ciertamente incompleta (la de la regulación económica), para lo que ha resultado esencial el influjo del Derecho de la Unión Europea.

Aunque alterando mínimamente el orden cronológico de su aparición (de 1980 datan la LORBE, con atribuciones implícitas de potestad reglamentaria al Banco de España, y la LSN), un primer bloque en el que se reconoce esta forma de potestad normativa es el de la supervisión financiera: el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores tienen hoy reconocida potestad normativa por sus respectivas leyes de cabecera; por razones sustantivas, cabe comprender aquí las resoluciones del Instituto de

Contabilidad y Auditoría de Cuentas, aunque obedecen a una construcción técnica diferente.

De Administraciones independientes se comienza a hablar propiamente –con la salvedad del Banco de España- y a trazar una teorización general con el Consejo de Seguridad Nuclear. Y, dando un salto sobre aquellas otras que se entreven entonces o se crean después por motivos de regulación económica, también cabe hacerlo en un sentido muy cercano con la Agencia Española de Protección de Datos. En ambos casos, de nuevo con la matización del Banco de España, se ven más claramente que en los restantes las razones constitucionales directas de la autonomía que se les concede, si bien la forma de otorgamiento de potestad normativa por el legislador es muy semejante en todos ellos.

En fin, por influjo decisivo de la liberalización impuesta en determinados sectores por la Unión Europea –y en ese sentido, también con anclaje constitucional indirecto en el artículo 38 de la Constitución- se crean también Administraciones independientes o más propiamente organismos supervisores o reguladores (algunos hoy con esta última denominación legislativa) en los mercados de la energía, las telecomunicaciones, el sector postal y el audiovisual. En los dos primeros casos, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones tienen ya un amplio recorrido de producción normativa mediante circulares.

**4.** Los problemas de legitimidad que lleva consigo la aparición de este tipo de entidades han sido abordados repetidamente por la doctrina. El hecho de que se encomiende a todos ellos la protección de valores constitucionales en mayor o menor medida (decisión en último término política adoptada por el legislador democrático), así como la circunstancia de que no se rompe en ningún caso la cadena de legitimidad en los nombramientos (procurándose, en cambio, la garantía de la autonomía funcional con otras técnicas: prohibición de remoción, controles parlamentarios y judiciales) conducen a plantear la cuestión hoy en otros términos.

Se ha apuntado así como lo esencial que se produzca una ponderación en la práctica entre el grado de alejamiento de la legitimidad personal u organizativa y la intensidad del control: a mayor autonomía real respecto de Parlamento y Gobierno, mayor necesidad no ya únicamente de rendir cuentas ante ellos –lo que en

puridad debe hacer el Gobierno frente a las Cámaras-, sino de que éstos predeterminen con mayor precisión las autorizaciones que se conceden a las Administraciones independientes. Sin embargo, esta vía de solución conduce justamente a nuevas cuestiones abiertas en la óptica de la Unión Europea y de la propia articulación en el marco constitucional del poder legislativo y del poder reglamentario del Gobierno, en relación con estos productos normativos, que pasan a abordarse en los puntos siguientes.

**5.** En el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia no parece dispuesto a admitir, en los sectores que de una u otra manera caen bajo la órbita de la competencia o afectan a libertades comunitarias, que los supervisores nacionales dotados de independencia pueden quedar sujetos a mayores controles administrativos (bien es cierto que se ha referido sólo a la tutela de la legalidad por la propia Administración), ni siquiera mediante la invocación para ello del principio democrático. Por eso, el acento se entiende que debe ponerse en las técnicas propias del Estado de Derecho y, más concretamente, en el control judicial como pieza indispensable de la separación de poderes y de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

**6.** En la perspectiva del legislador democrático según la Constitución española, nada se opone a que el Legislativo intervenga en los ámbitos que han sido objeto de estudio, siempre con respeto a la reserva de ley impuesta por exigencias constitucionales, ordenando la materia normativa mediante autorizaciones tanto al poder reglamentario originario del Gobierno o al de sus Ministros, como en fin mediante la concesión de habilitaciones normativas a las Administraciones independientes.

El primer paso de la definición de la habilitación en norma con rango de ley puede ser controlado por el Tribunal Constitucional, cuando la remisión se haga en blanco o se lleve a cabo sin determinar con la suficiente densidad normativa –en función de los ámbitos de libertad afectados- el programa de actuación y normación a desarrollar por estas entidades.

**7.** Desde el punto de vista del artículo 97 de la Constitución, la cuestión no es claramente hoy la legitimidad en abstracto de otros poderes reglamentarios distintos al del Gobierno “de acuerdo con las leyes”, sino la construcción en concreto que se lleva a cabo por éstas.

Sobre el diseño originario en las diversas leyes de creación de estas entidades, debe destacarse que se establece en algunas de ellas la fórmula de la llamada habilitación concurrente por ley y reglamentos gubernamentales (de forma clara, por lo que hace a la CNMV y a la CNE en la Ley del Mercado de Valores y la Ley del Sector de Hidrocarburos, respectivamente; con ambigüedad en la LABE, que habla de las "disposiciones" que habiliten al Banco de España), lo que, junto a otras características, ha dado pie a que una parte de la doctrina y cierta jurisprudencia entiendan estar aquí ante un sistema intermedio de producción normativa, a caballo entre las circulares y disposiciones administrativas, de un lado, y los reglamentos emanados de la potestad reglamentaria originaria del Gobierno, de otro.

Más sencillamente, entendemos que debe evitarse en esta cuestión un acercamiento apriorístico basado en razones sustantivas que hagan *forzosa* la intervención del Gobierno para reducir o delimitar el ámbito reglamentario dejado a los órganos inferiores en el bloque normativo. Con todo, es claro que el Gobierno conserva –en atención al carácter originario de su potestad normativa– la *facultad* de hacerlo así, en el amplio campo de las habilitaciones concedidas por el legislador que, fuera de la reserva de ley, pueden producirse a favor de aquél con mucha mayor generalidad que cuando se trata de autorizar a las Administraciones independientes.

Al amparo de la necesaria habilitación del legislador y siempre de acuerdo con los concretos términos previstos en ella, y en su caso en la forma en que sea autorizada por el Gobierno, se abre el campo de la potestad reglamentaria de las Administraciones independientes, que plantea a su vez –dependiendo de la concreta habilitación– diversas cuestiones relativas a su elaboración formal y a la relación sustantiva con los reglamentos gubernamentales.

**8.** Por lo que se refiere a las exigencias de procedimiento para elaborar las disposiciones de estas entidades, y con la lógica excepción del ICAC (que por su encaje en la estructura departamental queda hoy expresamente sometido para la aprobación de sus resoluciones al artículo 24 de la Ley del Gobierno), deben éstas ajustarse a garantías similares a las previstas por dicho precepto, en virtud de exigencias constitucionales y muy en particular por la obligación de la ley de regular "la audiencia de los ciudadanos,



directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten" [artículo 105.1.a) de la Constitución], como recogen hoy las normas encargadas de regular estos aspectos que, no obstante, debieran llevarse por lo dicho a normas con rango de ley.

Además, a ésta habría de corresponder también la regulación en perspectiva integral de los aspectos implicados en la aprobación de estas disposiciones y entre ellos el que se presenta, en términos todavía estrictamente procedimentales, cuando la autorización normativa a las Administraciones independientes se hace "per saltum" por la ley (como se dice con impropiedad, pues no hay en rigor delegación legislativa) o, por el contrario, cuando existe la intermediación de un real decreto o de una orden ministerial. Al estar pensadas las exigencias de elaboración formal de las normas de estas entidades "en paralelo" o por "aproximación material" a lo previsto actualmente por la normativa, sin carácter básico, de la Ley del Gobierno, sucede que sólo en los segundos casos se observan por imperativo legal –como así lo ha generalizado alguna jurisprudencia– algunas de estas garantías paralelas que corresponden a los reglamentos en desarrollo o ejecución de la Ley [en particular, la cuestión se ha planteado, conforme al artículo 5.1.h) de ésta, a propósito del dictamen preceptivo del Consejo de Estado que se exige en esos mismos supuestos por el artículo 22.3 de su Ley Orgánica].

**9.** Las restantes facetas de la relación entre reglamentos gubernamentales y reglamentos de las Administraciones independientes conducen ya a la posición de éstos en el sistema de fuentes de rango inferior a la ley.

La respuesta teórica en este punto ha ido hasta el momento en la línea de concebir una potestad reglamentaria autónoma o especializada, bien en la línea de la sumisión en todo caso al bloque de legalidad (PAREJO ALFONSO) bien sobre una cierta idea de competencia, pensada sobre todo en la perspectiva de la creciente incidencia de la regulación (MUÑOZ MACHADO).

Nuestra propuesta consiste sustancialmente en recuperar para estos supuestos el juego del principio de especialidad, descartando que exista aquí jerarquía en sentido estricto y considerando que puede hablarse de una superioridad de otro tipo de los reglamentos

del Gobierno sobre los reglamentos de las Administraciones independientes. La clave para entenderla radica en la función específica que se atribuye por la ley a estas últimas: cuando se trata de desarrollar o poner en práctica dicha función, de interpretar y aplicar los criterios jurídicos que a ellas conciernen en el marco de la programación legal (lo cual excede con mucho de una mera normación técnica), deben respetarse también por el Gobierno las normas emanadas de estas entidades. La solución en sus efectos prácticos es muy similar a la que se deriva de la aplicación de un criterio de competencia, pero entendemos que no hay aquí en la mayor parte de los casos un reparto material (al estilo, por ejemplo, del que establecen los artículos 25 y 26 de la Ley de Bases del Régimen Local en la definición de la competencia de las entidades locales), sino distribución funcional realizada por la ley de creación y por la que específicamente otorgue la autorización en el caso concreto.

**10.** Todo ello quedaría incompleto, por último, sin la perspectiva del control que corresponde al juez sobre las normas reglamentarias. Control jurisdiccional que debe llegar y así lo ha hecho con frecuencia a las cuestiones entre delimitación de poderes normativos como las que acaban de apuntarse y que habrá de versar también, y sobre todo, acerca de los eventuales excesos sobre la habilitación conferida a las Administraciones independientes que sean imputables al poder reglamentario, o sobre los propios vicios de las normas de estas entidades (en estos últimos casos, en garantía de los afectados).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA, *Lessons from liberalised energy markets*, 2005 [<http://www.iea.org/textbase/nppdf/free/2005/lessons2005.pdf>].
- ALBENTOSA PUCHE, L., “El papel del regulador en el sector eléctrico”, en VVAA [dirs. Becker, F., Cazorla, L. M<sup>a</sup>, Martínez-Simancas, J. y Sala, J.], *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi-Iberdrola, Bilbao, 2008, vol. II, pp. 169 ss.
- ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, <sup>2</sup>2010.
- ALEPUZ SÁNCHEZ, J. A., “La suficiencia del modelo regulatorio bancario para el tratamiento de las crisis bancarias”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, pp. 51 ss.
- ALONSO MAS, M. J., “La dirección de la política monetaria por el Banco de España”, *RDBB* n<sup>o</sup> 67 (1997).
- ARAGÓN REYES, M., “Constitución económica y libertad de empresa”, en VVAA, *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, 1995, pp. 1 ss.
- ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España”, en VVAA (dir. R. García Villaverde, coord. R. Bonardell Lenzano), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pp. 23-46.
- ARENDT, H., “Constitutio libertatis”, en J. P. GREENE (dir.), *The reinterpretation of the American Revolution, 1763-1789*; Harper Row; Nueva York, Evanston y Londres; 1968.
- ARIÑO ORTIZ, G., “Servicio público y libertad de empresa. La delegación del Gobierno en el sistema eléctrico”, en VVAA, *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 75-98.
- *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.
- *Principios de Derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*, Comares, Granada, <sup>3</sup>2004.
- *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, De Palma, Buenos Aires, 1996.
- “Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional”, en VVAA, *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, págs. 49-71.
- “Fallos y logros de los sistemas regulatorios”, en VVAA, *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, págs. 23 y sigs.
- *Principios de Derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)* [Lección 19<sup>a</sup> sobre “Regulación del sector de la energía”, a cargo del citado autor junto con LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. y DEL GUAYO CASTIELLA, I.] Comares, Granada, <sup>3</sup>2004, pp. 711 ss.
- ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Montecorvo, Madrid, 1988.

- ARIÑO ORTIZ, G. y SALA ARQUER, J. M., *La Bolsa en España: marco institucional*, Madrid, 1987.
- ARIÑO ORTIZ, G., ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA, J.M. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 1997.
- AUBY, J. M.: «Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales», *AJDA*, 1984, p. 468 ss.
- AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J. M., *Derecho nuclear*, Comares, Granada, 1999.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., “La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE”, en *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, Papeles de la Fundación para el análisis y los estudios sociales, nº 46, Madrid, 1999.
- “El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 284 (septiembre de 2008), págs. 17-24.
- “La coordinación y delimitación de funciones entre las autoridades de defensa de la competencia y el regulador sectorial energético”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo III, *Sector energético* (dirs. S. Muñoz Machado, M. Serrano González, M. Bacigalupo Saggesse), Iustel – Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset – CNE), Madrid, 2009, pp. 125-157.
- “La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los reguladores sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *RAP* núm. 174 (septiembre-diciembre 2007), pp. 395-419.
- “Electricidad, servicio público y mercado”, en VVAA [dirs. Becker, F., Cazorla, L. M<sup>a</sup>, Martínez-Simancas, J. y Sala, J.], *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi-Iberdrola, Bilbao, 2008, vol. I, pp. 87 ss.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J. A., “Reguladores nacionales y europeos en el mercado interior de la electricidad. La futura Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía”, en VVAA [dir. J. Guillén Caramés], *Derecho de la competencia y energía eléctrica*, Civitas Madrid, 2009, pp. 196-227.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho administrativo”, *RAP* núm. 48 (1965).
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “Prólogo” en VVAA (eds. M. Bajo Fernández y S. Bacigalupo), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 1-9.
- BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991.
- BARR, M. S. y MILLER, G. P., “Global Administrative Law: The View from Basel”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, nº 1.
- BASEDOW, J., “The State’s Private Law and the Economy – Commercial Law as an amalgam of Public and Private Rule-Making”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, n. 3 (summer 2008), pp. 703-721.
- BEHRENS, P. VON, „Aspekte einer Okonomischen Theorie des Rechts“, *Rechtstheorie* 12 (1981), pp. 472 – 490.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid, 2006.
- BERMEJO LATRE, J. L., “Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas”, *REDA* núm. 124 (2004), pp. 613 ss.
- BERNSTEIN, M., *Regulation business by Independent Commissions*, Princeton University Press, 1955.

- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994.
- “La posición del Banco Central Europeo en el sistema institucional comunitario: independencia y equilibrio interinstitucional. El federalismo horizontal en el manejo de la moneda”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 90 (1995).
- « L’expérience espagnole en matière d’autorités administratives indépendantes », *Études et Documents. Conseil d’État*, núm. 52 (2001), pp. 411 ss.
- *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- BLANQUER CRIADO, D., *La influencia del Derecho público sobre el Derecho privado de la contratación*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XLVIII, 2008.
- BOGDANDY, A. VON, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law”, *I-CON International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, number 3 & 4 (july/October 2008), p. 397-413.
- BORRAJO INIESTA, I., *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de los EE.UU.*, INAP, Alcalá de Henares, 1986.
- BOYER, R., *La teoría de la regulación*, Edicions Alfons el Màgnanim, Valencia, 1992 (*La théorie de la régulation. Une analyse critique*, La Découverte, Paris, 1987).
- BREYER, S., “Judicial review of questions of law and policy”, *Administrative Law Review* 38 (1986).
- BREYER, S.G. y MACAVOY, P., *Energy regulation by the Federal Power Commission*, 1974.
- BREYER, S.G. y STEWART, R.B., *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little Brown and Company, Boston y Toronto, 1985,<sup>3</sup>1992.
- BREYER, S.G., *Breaking the vicious circle: toward effective risk regulation*, Harvard, UP Cambridge, Massachusetts, 1993.
- BREYER, S.G., *Regulation and its reform*, Harvard, UP Cambridge, Massachusetts, 1982.
- BRUFF, H., “Presidential power and administrative rulemaking”, *Yale Law Journal*, vol. 88 (1979), p. 499.
- CALVIÑO SANTAMARÍA, “Regulación y competencia en Telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo”, en *Información Comercial Española*, núm. 832, monográfico sobre “Telecomunicaciones y Audiovisual: regulación, competencia y tecnología” (septiembre-octubre de 2006), págs. 60 y sigs.
- CALVO, G., “Diez años de experiencia regulatoria. La CMT”, *REDETI*, núm. 33 (septiembre-diciembre 2008), pp. 13-36.
- CARBONELL, E. y MUGA, J.L., *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- CARLÓN RUIZ, M., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, *REDA*, nº 102 (abril-junio 1999).
- CARRILLO DONAIRE, J.A., “Peculiaridades del sistema de fuentes en el mercado de valores”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo II, *Mercado de Valores* (dir. A. Jiménez-Blanco Carrillo de

- Albornoz, coord. D. B. Entrena Ruiz), pp. 429 ss, Iustel – Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución”, *RAP* 87 (1978), pp. 161 ss.
  - CASSESE, S., “Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni”, *Giornale di Diritto Administrativo*, 2002, pp. 689 ss.
  - CASTILLA, M.: *Regulación y competencia en los mercados de valores*, 2001.
  - CC 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, n° 2006-544 DC, *AJ* 10 septembre 2007, p. 1643, note P. Luppi.
  - CC 17 janvier 1989, *Liberté de communication*, p. 18 (15<sup>e</sup> consid.), *Rev. adm.* 1989, p. 223, note J.-L. Autin ; *RFDA* 1989, p.215, note B. Genevois.
  - CC 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, p. 141 (58<sup>e</sup> consid.), *AJ* 1987, p. 102, note P. Wacksman ; *Rev. adm.* 1986, p. 458, note R. Etien.
  - CC 22 janvier 1990, *Sécurité sociale et santé*, p. 33, *AJ* 1990, p. 471 (22<sup>e</sup> consid.), note F. Benoit-Rohmer; *RDSS* 1990, p. 637, note L. Dubouis.
  - CC 23 juillet 1996, *Réglementation des télécommunications* n° 96-378 DC.
  - CC 28 juillet 1989, *Marché financier* p. 71 (30<sup>e</sup> consid.), *RFDA* 1989, p. 671, note B. Genevois.
  - CHAPUS, R. : *Droit Administratif général*, Paris, Montchrestien, 1991-1992, vol. 1<sup>o</sup> 6<sup>a</sup> ed., pp. 480-481 (§ 696).
  - CHITI, E., “La reforma del marco institucional europeo en los sectores de la energía eléctrica y del gas y de las comunicaciones electrónicas”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras [REDETI]*, núm. 32 (mayo-agosto 2008), pp. 11-40.
  - COFFEE JR., John C. y SALE, Hillary A., “Redesigning the SEC: Does the Treasury Have a Better Idea?”, *University of Iowa Legal Studies Research Paper* n. 08-51, December 2008 [resumen electrónico disponible en <http://ssrn.com/abstract=1309776>].
  - COFFEE, J. C. y SALE H. A., “Redesigning the SEC: Does the Treasury Have a Better Idea?”, *University of Iowa Legal Studies Research Paper* n. 08-51 (diciembre 2008).
  - COLLIARD, C.A. y TIMSIT, G., *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988.
  - CROSS, F.B., “Shattering the fragile case for judicial review of rulemaking”, *Vanderbilt Law Review*, 85 (1999).
  - CRUZ FERRER, “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, *RAP*, 116.
  - CRUZ PADIAL, “Aspectos contables versus normas tributarias”, *Gaceta Fiscal*, 250 (febrero 2006), pp. 51 ss. [ref. *La Ley* 482/2006].
  - CUÑAT EDO, V., “Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria”, en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, 1994, pp. 605-622.
  - CUSHMAN, R. E., *The independent regulatory commissions*, Octagon Books, New York, 1941.
  - DE CASTRO, F., “El arbitraje y la nueva ‘Lex mercatoria’”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, fascículo 4, pp. 619-725 (recogido hoy en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, tomo II, pp. 1159 ss.).

- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., “La convergencia, diez años después”, *REDETI*, núm. 33 (2008), págs. 37-52.
- “La regulación de las telecomunicaciones”, Lección 20ª en ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*, Comares, Granada, <sup>3</sup>2004, pp. 779 ss.
- DE LA CRUZ FERRER, J., “El mercado interior europeo de la electricidad”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 284 (septiembre de 2008), págs. 25-34.
- *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- *Principios de regulación económica de la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- “Bases para el diseño de los sistemas eléctricos”, *REDETI*, números 26 (2006) y 28 (2007).
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo IV, *Telecomunicaciones* (dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo; coord. J. Vida Fernández); Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 661-723.
- “La liberalización de las telecomunicaciones: elementos esenciales y nuevo marco regulatorio comunitario”, en *Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial VI-2003, Escuela Judicial-CGPJ, 2003.
- “La nueva regulación jurídica de las telecomunicaciones”, en VVAA (coord.. A. Figueiras), *Una panorámica de las telecomunicaciones*, Prentice Hall, 2001.
- DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed. 4ª reimp., Ariel, Madrid, 1995, pp. 241 ss.
- DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DÍAZ LEMA, J. M., “La evolución del Derecho Comunitario de la energía: hacia la creación del mercado europeo de la energía. La falta de un regulador europeo y sus consecuencias”, en VVAA [dirs. Becker, F., Cazorla, L. Mª, Martínez-Simancas, J. y Sala, J.], *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi-Iberdrola, Bilbao, 2008, vol. I, pp. 145 ss.
- DÍEZ-SÁNCHEZ, J. J., “La Comisión Nacional del Mercado de valores. Análisis especial de las Cartas-Circulares de su Presidente”, *RDBB* núm. 67 (1997), pp. 741-781.
- DIVER, C., “Statutory interpretation in the Administrative State”, *U.P.A.L.Rev*, 133 (1985).
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- DUNN, S. O., “Regulation by Commission”, *The North American Law Review*, nº 199 (1914), p. 205.
- EDLEY, C., *Administrative Law. Rethinking judicial review of bureaucracy*, Yale University Press, New Haven, 1991.
- ESTEVE PARDO, J., *La autorregulación*, Tecnos, Madrid, 2003.

- FAINSOD, M. "Some reflections on the nature of the regulatory process", en C.J. FRIEDRICH y E.S. MASON (eds.), *Public Policy*, Harvard University Press, Cambridge, 1940.
- FALCÓN Y TELLA, R., "El valor normativo de las resoluciones del ICAC y su alcance en materia tributaria: el tratamiento fiscal del leasing", *Quincena Fiscal Aranzadi* nº 22 (1997) [ref. *Westlaw* BIB 1997\1109].
- FAVOREU, L., "Service publique et Constitution", *AJDA* (junio 1997), págs. 16 y sigs.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones", en VVAA [dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo], *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, CGPJ – Escuela Judicial, Madrid, 2003, pp. 59-77.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Los poderes normativos del Banco de España en relación con el mercado financiero", en VVAA, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva", en VVAA, *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, p. 399 ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Reflexiones sobre las llamadas Administraciones independientes", en VVAA, *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Voz "Principio de legalidad (Derecho administrativo)", en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. III, pp. 5074 ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "Los poderes normativos del Banco de España", *RDBB*, nº 13, 1984.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "Reflexiones sobre la Unión Monetaria Europea y el Sistema Europeo de Bancos Centrales", *Noticias CEE*, núm. 100 (1993), pp. 37-41.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis" y "Comentario a la disposición adicional octava", ambos en estudio preliminar en VVAA [dir. T.R. Fernández], *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, <sup>2</sup>1991, pp. 14 ss. y 197 ss., respectivamente.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., "La supervisión de valores en Europa", en VVAA (coords. A. Olcese y M. Martín), *Estudio sobre la reforma de los mercados financieros*, 2004.
- FERREIRO LAPATZA, J. J., "Complicación y simplificación: contabilidad y fiscalidad", *Quincena Fiscal Aranzadi* nº 15/16 (2006) [ref. *Westlaw* BIB 2006\1241].
- FERREIRO LAPATZA, J. J., "Notas sobre la Ley 43/1995, de 27 diciembre, del Impuesto sobre Sociedades", *Quincena Fiscal Aranzadi* nº 5 (1996) [ref. *Westlaw* BIB 1996\1318].
- FERREIRO LAPATZA, J. J., "Resultado contable y base imponible. Deslegalización, autodeterminación y delito fiscal", *Quincena Fiscal Aranzadi* nº 8 (2007) [ref. *Westlaw* BIB 2007\501].
- FERREIRO LAPATZA, J. J., "Simplificación: base imponible y renta empresarial", *Quincena Fiscal Aranzadi* nº 21 (2006) [ref. *Westlaw* BIB 2006\1741].



- FRANKFURTER, *The task of Administrative Law*, 75 U. Pa. L. Rev. 614, 615 (1927).
- FRIEDRICH, C.J. y HARRIS, S.E., *Public policy: a yearbook of the Graduate School of Public Administration*, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 1963.
- FUERTES LÓPEZ, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- GALÁN CORONA, E., “Las órdenes ministeriales y circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinamental”, en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. II, 1994, pp. 881-897.
- GALLEGO ANABITARTE, A., “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración”, *RAP* núm. 34 (1961), pp. 11-52.
  - “Ley y Reglamento en España”, *RAP* núm. 57 (1968), pp. 81 ss.
  - *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, Madrid, 1972.
  - “La potestad reglamentaria”, en *idem* y MENÉNDEZ REXACH, A., “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, en VVAA (dir. O. Alzaga Villaamil), *Comentarios a las leyes políticas, Tomo VIII, Constitución española de 1978, arts. 97-112*, Edersa, Madrid, 1983.
  - “Potestad reglamentaria constitucional y legal”, en VVAA [coord. S. Rosado Pacheco], *Derecho europeo comparado sobre ley y reglamento*, 2003, pp. 11-52.
- GALLEGO ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACH, A., y DÍAZ LEMA, J. M., *El Derecho de aguas en España*, Madrid, 1986.
- GALLEGO ANABITARTE, A. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>a</sup>, “La nueva regulación del mercado del gas natural”, *RAP* 148 (1999), pp. 41-60.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *RAP* núm. 171 (septiembre-diciembre 2006), pp. 139-179.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *RAP* núm. 171 (septiembre-diciembre 2006), pp. 139-179.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “UNESA vista desde una perspectiva personal” (Prólogo), en VVAA, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, UNESA, 1998.
  - “El régimen jurídico de la electricidad durante el siglo de vida de la Compañía Sevillana de Electricidad”, en VVAA [Compañía Sevillana de Electricidad], “Cien años de historia”, Sevilla, Fundación Sevillana de Electricidad, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, t. I, <sup>9</sup>1999, págs. 420 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Significado general del anteproyecto”, *RDBB* núm. 28 (1988), pp. 702 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 9<sup>a</sup> ed, Civitas, Madrid, pp. 173 ss.
- GARCÍA LLOVET, E., *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, *RAP* núm. 131 (1993), pp. 113 ss.
- GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid, <sup>5</sup>1959, citado según la edición de las *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, t. I.

- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Madrid, 2000.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, vol. I., Revista de Derecho Privado, Madrid, <sup>2</sup>1971.
- GIANNINI, M. S., *Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1992, trad. de la 2ª ed. italiana publicada por Giuffré, Milán, 1988.
- GOLDSMITH, J. y LEVINSON, D., “Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law”, *Harvard Law Review*, vol. 122. n. 7 (mayo 2009), pp. 1791-1868.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución”, en VVAA, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Ministerio de Justicia, Madrid, t. I, p. 130 ss.  
— “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional”, *RAP* 113 (mayo-agosto 1987), pp. 7 ss.
- GONDRA, J. M., “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2009, pp. 269 ss.
- GONDRA, J. Mª., “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (a propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la ‘eficiencia económica’)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 226 (octubre-diciembre 1997), pp. 1545-1672.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996.
- GONZÁLEZ NAVARRO, “El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, vol. I, EUNSA, Pamplona, 1997, pp. 1082 ss. [sobre el carácter reglamentario de las instrucciones].
- GONZÁLEZ, O.; CALANCHA MARZANA, F.; PACHECO, M. y LESMES SERRANO, C., *El control judicial de las decisiones de los reguladores*, en VVAA [coords. M. Serrano González, M. Bacigalupo Saggese], *Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial*, Iustel, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ, O.; CALANCHA MARZANA, F.; PACHECO, M. y LESMES SERRANO, C., “El control judicial de las decisiones de los reguladores”, en VVAA [coords. M. Serrano González, M. Bacigalupo Saggese], *Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial*, Iustel, Madrid, 2010.
- GOODNOW, F. J., *Comparative administrative law: an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France, and Germany*, New York: Burt Franklin, 1970 (trad. española: *Derecho administrativo comparado : análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania*, 2 vols., Madrid: La España Moderna, ca. 1875; trad. francesa: *Les principes du droit administratif des États-Unis* por A. y Gaston Jèze, París: V. Giard & E. Brière, 1907).
- GOODNOW, F. J., *Politics and Administration*.
- GREEN y NADER, “Economic Regulation vs. Competition: Uncle Sam the Monopoly Man”, 82 YALE L.J. 871 (1983).
- GRUNDMANN-VAN DE KROL, CH.: “The New Lamfalussy Legislative Procedure”, *Tilburg University Paper* (2002), p. 9.
- GUEDON, M. J., *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, París, 1994.

- GUERRA AZCONA, I., “Conducta y solvencia: visión crítica del sistema de doble supervisión”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, pp. 345 ss.
- HARCOURT, Bernard E., “Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy”, en *John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 482*, University Of Chicago Law School, junio de 2009 [disponible en <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/wp451-500>].
- HARVARD LAW REVIEW (Notes), “Oversight and insight: legislative review of agencies and lessons from the States”, *Harvard Law Review*, vol. 121 n. 2 (diciembre de 2007), pp. 613-635.
- HARVARD LAW REVIEW (Notes), “The two faces of Chevron”, *Harvard Law Review*, 6 (abril de 2007).
- JAFFE, L., “The independent agency – A new scapegoat”, *Yale Law Journal*, 65 (1956).
- JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derecho público del Mercado de Valores*, Ceura, Madrid, 1989.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J., *Los Organismos Autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “La reforma de la Ley del Sector Eléctrico para su adaptación a las exigencias de las directivas comunitarias”, en VVAA [dirs. Becker, F., Cazorla, L. M<sup>a</sup>, Martínez-Simancas, J. y Sala, J.], *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi-Iberdrola, Bilbao, 2008, vol. I, pp. 241 ss.
- KAGAN, E., “Presidential Administration”, *Harvard Law Review*, 114 (2001).
- KOCH, C., *Administrative Practice and Procedure (Cases and materials)*, Charlottesville, The Michie Co. Law publishers, <sup>2</sup>1991, p. 597 ss.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., “Cuestiones jurídicas sobre el euro”, *RVAP*, n<sup>o</sup> 53 (II), 1999.
- LASTRA, R; SHAMS, H, “Accountability of the FSA”, en VVAA (eds. E. Ferran y A. E. Goodhart), *Regulating Financial Services and markets in the 21st Century*, 2001.
- LAUBADERE, A. DE, *Droit Public Economique*, Dalloz, 1974.
- LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, 1991.
- “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, *Justicia Administrativa*, n<sup>o</sup> I, 1998.
- LAVILLA RUBIRA, J. J., “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América”, en VVAA (coord. J. Barnés Vázquez), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, 1993, pp. 339-354.
- LAVILLA RUBIRA, J.J., “Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones españolas (Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio)”, en VVAA [J. Velarde Fuertes y otros], *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996.
- LEGUINA VILLA, J. “Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 17 (2003), pp. 307-326.

- LEÓN SANZ, F. J., “Las crisis de las sociedades cotizadas y el régimen de OPA”, en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM) 14 (2010) [ed. a cargo de J. M<sup>a</sup> Rodríguez de Santiago y F. Velasco Caballero], sobre *Estado y mercado, en situación de crisis*, UAM-BOE, Madrid, 2010, pp. 141 ss.
- LÓPEZ RAMÓN, F., “El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente”, *RAP* núm. 126 (1991), pp. 189-216.
- LÓPEZ RAMÓN, F., “El Consejo de Seguridad Nuclear. Un ejemplo de Administración independiente”, *RAP* núm. 126 (1991), pp. 189-216.
- LÓPEZ RODÓ, L., “La Administración Pública y las Telecomunicaciones”, en VVAA [coord. J. Cremades], *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997.
- LOWI, T., *The end of liberalism. The second republic of the United States*, W.W. Norton & Co., 1979.
- MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.
- MALARET I GARCÍA, E., “La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)”, *REDA* nº 76 (1992), pp. 557 ss. [Trabajo luego publicado en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. II, 1994, pp. 1591-1630].
- MALARET I GARCÍA, E., “Regulación económica: su instrumentación normativa (el lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 17 (enero-diciembre 2003), pp. 327-360.
- MARCHETTI, B., “Il sistema di risoluzione delle dispute del WTO: Amministrazione, Corte o tertium genus?”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4 (2008), pp. 933-967.
- MARSH, D., *El Bundesbank. El banco que gobierna Europa*, Celeste Ediciones – Colegio de Economistas de Madrid, 1994.
- MARTÍN MATEO, R., “La degradación normativa de las disposiciones reglamentarias”, *RAP* 51 (1967), pp. 323 ss.
- MARTÍN MATEO, R., *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La regulación económica en España”, en ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA, J.M. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ VILA, “Reflexiones sobre la potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, *La Ley*, 1.XII.1998.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Las nuevas perspectivas de la Administración económica”, *RAP* 116 (1988), p. 31-46.  
— *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, <sup>2</sup>1996, págs. 169-174.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP* núm. 144 (septiembre-diciembre de 1997), págs. 7 y sigs.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Sistema bancario y crediticio” en VVAA (dir. S. Martín-Retortillo Baquer), *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, t. II, p. 41-277.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Madrid, Tecnos, 1975.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ceura, Madrid, 1987.

- MARTÍN-RETORTILO BAQUER, L., *Energía nuclear y Derecho. Problemas jurídico-administrativos*, IEP, Madrid, 1963.
- MASSEL, M., "The regulatory process", *Law and contemporary problems*, v. 26, nº 2 (1961).
- MCCRAW, T.K., *Prophets of regulation*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1984.
- MEILÁN GIL, J. L., *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, ENAP, 1967.
- MELERO ALONSO, E., *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- *Memoria de actividades de la Comisión Nacional de Energía correspondiente al año 2008* [[http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/PA001\\_2009.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/PA001_2009.pdf)], pp. 198-2002.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P., *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, ed. Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993 [esp. pp. 33-149 sobre circulares y su origen en la falta de potestad reglamentaria de los ministros].
- MENÉNDEZ REXACH, A., "La potestad reglamentaria", en GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., "Artículo 97. Funciones del Gobierno", en VVAA (dir. O. Alzaga Villaamil), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo VIII, arts. 97-112, Edersa, Madrid, 1998, pp. 177 ss.
- MERINO MERCHÁN, J.F. y PÉREZ-UGENA COROMINA, M. (coords.), *Régimen de las telecomunicaciones*, Tecnos, Madrid, 1988.
- MICHAVILA NÚÑEZ, J. M<sup>a</sup>, "Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho", *REDA* nº 54 (abril-junio 1987), pp. 247-265.
- MONTERO PASCUAL, J. J., "Naturaleza, estructura y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones", *Revista General de Derecho*, octubre-noviembre de 1998.  
— *Derecho de las Telecomunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MONTERO PASCUAL, J. J., "Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público", *REDETI*, núm. 30 (2007), págs. 41-66.
- MONTESINOS JULVE, V., "Incidencia en el sector público de la reforma mercantil y el nuevo Plan General de Contabilidad", *Revista Española de Control Externo*, nº 29 (mayo 2008), pp. 41-67.
- MORALES PLAZA, A., "El Consejo de Seguridad Nuclear como Administración independiente", en VVAA (coord. F. Cameo Bel), *Derecho de la energía nuclear*, La Ley-Wolters Kluwer – Endesa, Madrid, 2006, pp. 605 ss.  
— *La regulación nuclear globalizada*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2009.  
— "El marco regulatorio de la energía nuclear", en VVAA [dirs. Becker, F., Cazorla, L. M<sup>a</sup>, Martínez-Simancas, J. y Sala, J.], *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi-Iberdrola, Bilbao, 2008, pp. 523 ss.
- MORENO MOLINA, A. M., *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de América*, Univ. Carlos III-BOE, Madrid, 1995.
- MORENO REBATO, M., "Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico", *RAP* núm. 147 (1998).
- MOROTE SARRIÓN, J. V., *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 63-71.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, vol. IV, *El sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998.

- “Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y de las nuevas tecnologías”, *RAP* 153 (sept-dic 2000), pp. 195 ss.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, vol. I, <sup>2</sup>2006, pp. 1224 ss. y vol. II, 2006, pp. 994 ss.
- “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica” en VVAA, *Derecho de la regulación económica*: tomo I, *Fundamentos e instituciones de la regulación* (dirs. S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo), Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009. pp. 15 ss.
- *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, tomo I (*Derecho administrativo y sistema de fuentes*), Iustel, Madrid, 2009, pp. 276 ss.
- MURO I BAS, X., “La Agencia de Protección de Datos”, *RAP* núm. 147 (1998).
- NAVARRO RODRÍGUEZ, P., *La Comisión Nacional de Energía*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- NIETO GARCÍA, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996.
- *Derecho Administrativo sancionador*, Civitas, Madrid, <sup>4</sup>2005, pp. 273 ss.
- ORRIOLS SALLÉS, M.<sup>a</sup> À y ROCA SAGARRA, J., *Banco de España y estructura plural. Los modelos administrativos de la Reserva Federal americana y del Bundesbank alemán*, Madrid, 1997.
- ORTEGA MARÍN, E., “Energía eléctrica y energía nuclear”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XII (2000), Consejo General del Poder Judicial, pp. 91-152.
- PACHECO MANCHADO, M., “La ordenación bancaria en la jurisprudencia”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, pp. 155 ss.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: “Valor jurídico de la Circular”, *RDBB*, nº 2, 1981.
- PARADA VÁZQUEZ, R., “Las Administraciones independientes”, en VVAA, *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994.
- *Derecho Administrativo*, t. II, *Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, <sup>20</sup>2008, págs. 261 ss.
- PAREJO ALFONSO, L.: “La potestad normativa de las Administraciones independientes; apuntes para el estudio de un fenómeno”, en VVAA, *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, p. 635 ss.
- “El alcance de la potestad reglamentaria local”, en VVAA, *Ponències del Seminari de Dret Local (Curs 94-95)*, Ayuntamiento de Barcelona, 1996, pp. 91 ss.
- PAREJO I LOZANO, C., *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- PARRA, A., “La potestad reglamentaria del CSN”, *Estudios de Derecho Nuclear*, número 0/B, diciembre de 2004, pp. 22 ss.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentario al artículo 38”, en VVAA (dirs. M.<sup>a</sup> E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer; coords. M. Pérez Manzano e I. Borrajo Iniesta), *Comentarios a la*

*Constitución española. XXX aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 980-1000.

- PIERCE, R., "Chevron and its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions", *Vanderbilt Law Review*, 41 (1988).
- PIERCE, SHAPIRO, VERKUIL, *Administrative Law and process*, Foundation Press, Westbury, Nueva York, 1992.
- PINILLA PALLEJÀ, R., "Qué es y para qué sirve la Evaluación de Impacto Normativo", *Papeles de Evaluación* núm. 8 (2008), Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (Agencia de Evaluación y Calidad, AEVAL).
- POMED SÁNCHEZ, L. A., "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", *RAP* 132 (septiembre-diciembre 1993), pp. 117 ss.
- POMED SÁNCHEZ, L. A., "Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno", *RDBB* núm. 67 (1997), pp. 641-693.
- POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Madrid, 1996.
- POSNER, R., *The rise and fall of Administrative Law*, 72 CHI.-KENT L. REV. 953 (1977).
- PUIG BRUTAU, J., *Los políticos y el conocimiento de la Historia*, Bosch, Barcelona, 1993.
- RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002.
- REBOLLO PUIG, M., "La participación de las entidades representativas de intereses", *RAP* nº 115 (1988), pp. 106 ss.  
— "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RAP* nº 125 (mayo-agosto 1991).
- RECALDE CASTELLS, A., "Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros. Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regulación del sistema financiero", en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM) 14 (2010) [ed. a cargo de J. Mª Rodríguez de Santiago y F. Velasco Caballero], sobre *Estado y mercado, en situación de crisis*, UAM-BOE, Madrid, 2010, pp. 121 ss.
- RECALDE CASTELLS, A., "El papel del 'Derecho' en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la Economía", *Documento de trabajo 150/2009*, Fundación Alternativas, 2009.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de las normas*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. Mª, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ PELLITERO, J., "La Comisión Nacional del Mercado de Valores", en VVAA [coord. F. Uría Fernández], *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, 2007, pp. 89-152.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., "A propósito del panorama de fuentes del Derecho, tras las circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores", en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. III, 1994, pp. 2283-2292.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996.

- ROLDÁN MARTÍN, A., “Los nuevos contornos del servicio público”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XII (2000), Consejo General del Poder Judicial, pp. 15-56.
- ROSEMBERG, M., “Presidential control of agency rulemaking: an analysis of constitutional issues that may be raised by Executive Order 12.291”, *Arizona Law Review*, vol. 23 (1981), p. 1202.
- RUBIO LLORENTE, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, en VVAA, *Estudios Menéndez*, Madrid, 1995, I, pp. 431 ss.
- SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO, “La nueva función de macro-supervisión. La Junta Europea para Riesgos Sistémicos”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, pp. 301 ss.
- SALA ARQUER, J. M., “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes”, *REDA* 42 (abril-junio 1984), pp. 401 ss.  
— “Huida al Derecho privado y huida del Derecho” *REDA* 75 (1995).
- SALA ARQUER, J. M., “El Consejo de Seguridad Nuclear y el Parlamento”, *Estudios de Derecho Nuclear*, número 0/B, diciembre de 2004.
- SALA ARQUER, J. M., “La posición jurídica del Banco Federal Alemán”, *RDBB* nº 19 (abril-junio 1985), pp. 337-342.
- SALA ARQUER, J. M., “Las relaciones y delimitación de funciones entre el regulador de la energía independiente y las autoridades de defensa de la competencia”, en VVAA [coords. M. Serrano González, M. Bacigalupo Saggese], *Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 127-134.
- SALA ARQUER, J. M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2000.
- SALINAS LA CASTA, E., “Comentario de las nuevas funciones de supervisión de la CNE y de la nueva redacción de la función decimocuarta”, Capítulo III en VVAA [coord. V. López-Ibor Mayor], *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, Universidad San Pablo CEU - Instituto Universitario de Estudios Europeos - Civitas, Madrid, 2007, pp. 192 ss.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, Barcelona, 2002.  
— “‘Autoridades independientes’ y organización territorial”, en VVAA [coords. J. M<sup>a</sup> Vidal Beltrán y M. A. García Herrera], *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Colex-INAP, Madrid, 2005, vol. II, pp. 427-450.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Aproximación al sistema de agencias independientes”, en *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores* (ed. a cargo de J.C. Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez), Civitas, Madrid, 2008, pp. 611-621.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Doctrina general de la regulación”, en *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores* (ed. a cargo de J.C. Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez), Civitas, Madrid, 2008, pp. 55-144.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores* (ed. a cargo de J.C. Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez), Civitas, Madrid, 2008.
- SÁNCHEZ BLANCO, A., “Ordenación bancaria. Condicionantes históricos y actuales”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado



- (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, pp. 179 ss.
- SÁNCHEZ BLANCO, M. y SOLER MATUTES, P., “Autoridades de reglamentación y telecomunicaciones: las organizaciones públicas y su regulación. Especial referencia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo IV, *Telecomunicaciones* (dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo; coord. J. Vida Fernández); Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 187-231.
  - SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973.
    - *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, pp. 687 ss.
    - *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, 1ª ed., Iustel, Madrid.
    - Voz “Principio de legalidad (Derecho constitucional)”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. III, pp. 5078 ss.
    - “El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la ‘Revista de Administración Pública’”, *RAP* 150 (1999), pp. 533 ss.
    - “La Administración como poder regulador”, en VVAA (dir. F. Sáinz Moreno), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
    - *Comentario a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 1354 ss.
  - SARGENTICH, T.O., “The emphasis on the Presidency in U.S. Public Law”, *Administrative Law Review*, vol. 59 n.1 (invierno, 2007).
  - SARMIENTO, D., “La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2007 [[http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft\\_law.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf)].
  - SARMIENTO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
  - SARMIENTO, D., *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
  - SAVY, R., *Droit Public Economique*, Dalloz, <sup>2</sup>1977.
  - SCALIA, A., *Judicial deference to administrative interpretations of law*, 1989 *Duke Law Journal*, pp. 511 ss.
  - SCHMIDT-ASSMAN, E., “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en VVAA [ed. J. Barnés], *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 21-132.
  - SCHWARTZ, B., “‘Shooting the piano player’? Justice Scalia and Administrative Law”, *Administrative Law Review*, 47 (invierno, 1995).
  - SCHWARTZ, B., “Administrative Law cases during 1994”, *Administrative Law Review* (verano, 1995).
  - SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, Little, Brown and Co., Boston, Toronto, Londres, <sup>3</sup>1991.
  - SERRANO GONZÁLEZ, M., “La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la Administración general”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo III, *Sector energético* (dirs. S. Muñoz Machado, M. Serrano González, M. Bacigalupo

Saggese), Iustel – Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset – CNE), Madrid, 2009, pp. 79-123.

— “La Comisión Nacional de Energía”, en VVAA [dirs. Becker, F., Cazorla, L. M<sup>a</sup>, Martínez-Simancas, J. y Sala, J.], *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi-Iberdrola, Bilbao, 2008, vol. I, pp. 267 ss.

- SIMÕES PATRÍCIO, J., “Autonomía de los bancos centrales: perspectiva de Derecho comparado”, *RDBB* año XVII (enero-marzo 1998),
- SMITH, R.B. y STRUVE, G.M., “Aftershocks of the fall of legislative veto”, *A.B.A.J.* 1258 (1983).
- SMITS, R., *The European Central Bank. Institutional aspects*, Kluwer Law International, La Haya, 1997.
- SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Madrid, 1998.
- SORIANO GARCÍA, J.E., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en VVAA (ed. S. Muñoz Machado), *Derecho europeo del Audiovisual. Actas del Congreso organizado por la Asociación Europea del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, t. II.
- SORIANO, J. E., “La *Securities and Exchange Commission*. Un ejemplo de entidad instrumental de carácter expansivo”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 201 (1991).
- STARR, K.W., “Judicial review in the post-Chevron era”, *Yale Journal on Regulation*, 1986.
- STIGLER, G., “The theory of economic regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 3 (1971).
- *The citizen and the State: essays in regulation*, 1975.
- STRAUSS, “The place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Columbia Law review*, vol. 84, n. 3 (abril de 1984).
- SUAY RINCÓN, J., “El caso del Banco de Navarra v. el Banco de España: ¿una nueva etapa en las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito?”, *Poder Judicial* núm. 1 (1986), pp. 123-130.
- SUNSTEIN, C.R., “Law and Administration after Chevron”, *Columbia Law Review*, 1990.
- SUNSTEIN. C., “Interpreting statutes in the regulatory State”, 103 *HARV. L. REV.* 415 (1989).
- SUNSTEIN. C., *After the rights revolution. Reconceiving the regulatory State*, Harvard University Press, 1990.
- SUNSTEIN. C., *The second bill of rights: FDR’s unfinished revolution and why we need it more than ever*, Basic Books, New York, 2004.
- TEITGEN COLLY, C., « Les instances de régulation et la Constitution », *Révue de Droit Public et Science Politique en France et à l’étranger*, núm. 1 (1990).
- THIEFRY, G.: “The Case for a European Securities Commission (ESC)” en VVAA: *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Ferran, E./Goodhart, A.E (eds.) (2001), p. 213.
- TORNOS MAS, J., “La potestad normativa de las Administraciones independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 17 (enero-diciembre 2003), pp. 479-498.
- TORNOS MAS, J., “La potestad normativa de las Administraciones independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 17 (enero-diciembre 2003), pp. 479-498.

- TORNOS MAS, J., “La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17 (2003), pp. 479-498.
- TORRE CAVIA, M., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en VVAA (coord. J. Cremades), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997.
- TORRE DE SILVA, V., “Sobre la independencia de las Agencias Federales en los Estados Unidos de América”, *RAP* 167 (2005), pp. 475-495.
- TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España*, Tecnos, Madrid, 1973.
- “El Banco de España entre 1829-1929. La formación de un Banco Central” (en VVAA, *El Banco de España. Una historia económica*, Banco de España, Madrid, 1970, pp. 261 ss.).
- “Las magnitudes monetarias y sus determinantes” (en VVAA, *La Banca española en la Restauración*, Banco de España, Madrid, 1974, t. I, pp. 457 ss.).
- *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 139-141 y 331 ss.
- TRUJILLO, M. J., *La potestad normativa del Banco de España. El régimen dual establecido en la Ley de Autonomía*, Servicios Jurídicos, Banco de España, Madrid, 1995.
- URÍA FERNÁNDEZ, F., “Reestructuración bancaria y Derecho de la Competencia”, en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010, pp. 459 ss.
- VELASCO CABALLERO, F., “Reglamentos gubernativos y normas municipales”, *RVAP* núm. 81 (2008), pp. 137-165.
- *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones”, en VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*, tomo IV, *Telecomunicaciones* (dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo; coord. J. Vida Fernández); Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 725-757.
- VERKUIL, P., “The purposes and limits of the independent agencies”, *Duke Law Journal*, 1988, pp. 252 ss.
- VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799)*, Paris, 1991.
- VICENT CHULIÁ, F., “En torno al concepto y fuentes del Derecho contable”, en VVAA (coord. J. L. Iglesias Prada), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, tomo I, pp. 605 ss.
- VICENT CHULIÁ, F., “Reconocimiento al ICAC de potestad reglamentaria en materia contable”, *RGD* nº 640-641 (1998), pp 725 ss.
- VILE, M., *Constitutionalism and the separation of powers*, 1967.
- VILLAR PALASÍ, J.L., *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad Complutense de Madrid, 1968.
- *Derecho administrativo. Introducción: teoría de las normas y grupos normativos*, Universidad Complutense de Madrid, 1972.

- VISCUSI, VERNON, HARRINGTON, *Economics of regulation and antitrust*, D.C. Heath & Co., Lexington, M.A., 1992.
- VIZCAÍNO CALDERÓN, M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2001.
- VVAA (a cura di P. Cavalieri, G. dalle Vedove, P. Duret), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, CEDAM, Milan, 2003.
- VVAA (coord. L. A. Velasco San Pedro), *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- VVAA (dir. S. Martín-Retortillo Baquer), *Derecho administrativo económico*, 2 vols., ed. La Ley, Madrid, 1988 y 1991.
- VVAA (dir. S. Muñoz Machado), *Derecho de la regulación económica*: tomo I, *Fundamentos e instituciones de la regulación* (dirs. S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo); tomo II, *Mercado de Valores* (dir. A. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, coord. D. B. Entrena Ruiz); tomo III, *Sector energético* (dirs. S. Muñoz Machado, M. Serrano González, M. Bacigalupo Saggese); tomo IV, *Telecomunicaciones* (dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo; coord. J. Vida Fernández); Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset [coed. tomo III CNE], Madrid, 2009.
- VVAA (dirs. R. Savy y M. Fromont), *L'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique*, PUF, 1978.
- VVAA (ed. a cargo de Sonia Dubourg-Lavroff, Antoine Pantélis ; prefacio de Jean-Marie Auby) : *Les décisions essentielles du Conseil Constitutionnel : des origines à nos jours*, Paris, L'Harmattan, 1994.
- VVAA [coord. Balaguer Callejón, F.], *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2ª ed. 2007, vol. I, pp. 185 ss.
- VVAA [coord. S. Rosado Pacheco], *Derecho europeo comparado sobre ley y reglamento*, 2003.
- VVAA [coord. V. López-Ibor Mayor], *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, Universidad San Pablo CEU - Instituto Universitario de Estudios Europeos - Civitas, Madrid, 2007.
- VVAA [coords. E. García de Enterría y T. de la Quadra-Salcedo], *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- VVAA [coords. M. Serrano González, M. Bacigalupo Saggese], *Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial*, Iustel, Madrid, 2010.
- VVAA [coords. Pauner Chulvi, C. y Tomás Mallén, B.], *Las Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- VVAA [dir. S. Muñoz Machado], *Derecho de la regulación económica*, tomo IV, *Telecomunicaciones* [dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo; coord. J. Vida Fernández]; Iustel-Fund. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009.
- VVAA [dir. T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo], *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, CGPJ – Escuela Judicial, Madrid, 2003.
- VVAA [dirs. Becker, F., Cazorla, L. Mª, Martínez-Simancas, J. y Sala, J.], *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi-Iberdrola, Bilbao, 2008.
- VVAA, Ponencias y Comunicaciones de las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) sobre *La regulación de los mercados II: Ordenación bancaria*, Ministerio de Justicia-Banco de Santander, 2010.

- VVAA, *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.
- WEILER, J. H. H., “La transformación de Europa”, en su obra *Europa, fin de siglo* [pról. F. Rubio Llorente; trad. M. A. Ahumada Ruiz], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 15-126.
- ZARING, D., “International Institutional Performance in Crisis”, *Paper for Yale Comparative Administrative Law Conference*, 2008.